



รายงานฉบับสมบูรณ์

โครงการ “หน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล”

โดย นายบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์ และคณะ

เล่ม 1

สนับสนุนโดย

สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

ธันวาคม 2550

รายงานฉบับสมบูรณ์

โครงการ “หน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล”

คณะวิจัย	สังกัด
1. นายบัณฑิต เศรษฐศิริโรตม์	โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร
2. ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม
3. รศ.ดร.ชยันต์ ตันติวิสาการ	คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
4. ดร.บัณฑิตา พิชญากร	กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ
5. รศ.ดร.ลาวัณย์ ถนัดศิลปกุล	สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
6. ดร.สุจิตรา วาสนาดำรงดี	นักวิจัยอิสระ
7. ผศ.ดร.สมชาย รัตนเชื้อสกุล	คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย
8. รศ.ดร.สิตานนท์ เจษฎาพิพัฒน์	องค์การกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล ประเทศไทย (อดีตผู้อำนวยการ)

สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)
(ความเห็นในรายงานนี้เป็นของผู้วิจัย สกว.ไม่จำเป็นต้องเห็นด้วยเสมอไป)

สารบัญ

		หน้า
บทที่ 1	กฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมและการค้าสินค้า GMOs:	1
	ประเด็นวิเคราะห์และข้อเสนอ	
	บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ข
	1. บทนำ	1
	1.1 นิยามของ GMOs	1
	1.2 ปริมาณและแหล่งการปลูกของ GMOs	2
	1.3 สาเหตุที่ GMOs กลายเป็นประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมและการกีดกันทางการค้า	3
	1) ความห่วงกังวลของผู้บริโภคบางกลุ่มต่อความปลอดภัยในการบริโภค:	4
	2) ความเสี่ยงด้านความปลอดภัยทางชีวภาพต่อสิ่งมีชีวิตอื่นๆ	4
	จากการแพร่พันธุ์และการผลิตจีเอ็มโอ:	
	3) ความกังวลด้านผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยอ้อมด้านอื่นๆ:	5
	4) ความกังวลด้านผลกระทบของจีเอ็มโอต่อความสามารถในการแข่งขัน	6
	ของประเทศที่มีเทคโนโลยีชีวภาพด้านชีวภาพที่ด้อยกว่า:	
	2. กติกาสิ่งแวดล้อมและการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอ	7
	2.1 พิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Biosafety Protocol)	8
	2.2 Codex Alimentarius Commission on Food Labelling	10
	2.3 ความตกลงการค้าของ WTO ที่เกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอ	12
	3. นโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการค้าสินค้าจีเอ็มโอ ในต่างประเทศและของไทย	15
	4. การวิเคราะห์ผลกระทบของกติกาด้านสิ่งแวดล้อมและ	20
	การค้าระหว่างประเทศ	
	5. ข้อเสนอแนะทางนโยบาย	22
	บรรณานุกรม	25
บทที่ 2	ผลกระทบกรณี EC Biotech Case ต่อบรรณกฏหมายว่าด้วยการควบคุมความ	27
	ปลอดภัยทางชีวภาพ	
	บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ข
	1. ข้อพิพาท EC Biotech Case	27
	2. ประเด็นการพิจารณาใน Biotech Case	29
	3. ความเห็นของ Panel	31
	3.1 ข้อร้องเรียนตาม 2.1 และ 2.2	31
	3.2 ข้อร้องเรียนตาม 2.3	33

	หน้า
3.3 ประเด็นที่ Panel หลีกเลี่ยงการพิจารณา	34
4. การยอมรับ Precautionary Principle	34
4.1 Precautionary Principle ในเวทีระหว่างประเทศ	35
4.2 การตีความ Precautionary Principle ในข้อพิพาทโดย ICJ และ WTO	37
5. หัยของผลวินิจฉัยดังกล่าวต่อการวางระบบกฎหมาย	38
คุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพในประเทศสมาชิก WTO	
6. การดำเนินการเชิงรุกของไทยต่อผลคำวินิจฉัยสำหรับการวางระบบกฎหมายความปลอดภัยทางชีวภาพของไทย	39
6.1 กฎหมายภายในของไทย (ร่าง พรบ.ความปลอดภัยทางชีวภาพ) ควรมีหลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมในประเด็นใดบ้าง	40
6.2 ในกรณีที่เป็นประเทศนำเข้าสินค้า GMO	46
6.3 ในกรณีที่เป็นประเทศส่งออกสินค้า GMO	49
7. บทสรุป	50
 บทที่ 3 ความเบื้องต้น	 52
บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ข
1. ความสำคัญของงานวิจัย ที่มา และปัญหา	52
2. ขอบเขตการวิจัย	53
3. ระเบียบวิธีวิจัย	54
4. เป้าหมายของการวิจัย	54
5.เค้าโครงงานวิจัย	54
 บทที่ 1 ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม	 56
1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ	57
(1) หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม (Permanent Sovereignty of State over Natural Resources)	57
(2) หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)	58
(3) หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม (Sovereign Rights)	59
2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทย	60
(1) ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม	60

	หน้า
(2) ระบบกรรมสิทธิ์เอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรม	62
(3) ผลกระทบของหลักกรรมสิทธิ์ต่อระบบจัดการทรัพยากรตามจารีตท้องถิ่น	63
3. ข้อตกลงระหว่างประเทศ และข้อตกลงระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์	64
(1) ข้อตกลงระหว่างประเทศ: CBD/ITPGR	64
(2) ข้อตกลงระดับภูมิภาค	66
บทที่ 2 การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์	69
1. รูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	69
(1) การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า	69
(2) การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า	70
2. การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม	70
(1) การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent)	71
(2) การตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed)	73
3. การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)	73
4. สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing Agreement)	89
5. การเจรจาจัดทำระบบสากลว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit-Sharing) ภายใต้ CBD	93
6. การเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลงสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit Sharing)	94
บทที่ 3 การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอสิทธิบัตร	97
1. จุดยืนของฝ่ายต่างๆ ต่อการเปิดเผยแหล่งที่มาในคำขอรับสิทธิบัตร	97
(1) ฝ่ายสนับสนุน	97
(2) ฝ่ายคัดค้าน	99
(3) จุดยืนและข้อเสนอของประเทศไทย	100
2. ปัญหาการเปิดเผยแหล่งที่มาเกี่ยวกับหลักการของ TRIPS	103
(1) ปัญหาการเพิ่มเติมเงื่อนไขให้ต่างไปจากที่กำหนดใน TRIPS	103
(2) ปัญหาการห้ามเลือกปฏิบัติในสาขาเทคโนโลยี	105

	หน้า
บทที่ 4 วิเคราะห์การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทย	108
1. การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)	108
2. การทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing Agreement)	110
(1) พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น	110
(2) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า	111
3. ลักษณะและประเภทของผลประโยชน์	112
(1) ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefit)	112
(2) ผลประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefit)	113
4. ปัญหาการควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์กับการกีดกันทางการค้า	113
(1) ลักษณะข้อกีดกันทางการค้าที่เกิดจากการควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์	114
(2) ผู้ได้รับผลกระทบจากข้อกีดกันทางการค้า	116
5. ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทย	118
(1) ข้อเสนอแนะทั่วไป	118
(2) ข้อเสนอแนะในการกำหนด “ผู้มีส่วนได้เสีย” ในกระบวนการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์	121
(3) ข้อเสนอแนะองค์กรในการควบคุมการเข้าถึง	122
(4) ข้อเสนอแนะมาตรการเสริมการควบคุมการเข้าถึง	122
(5) ข้อเสนอแนะต่อการแบ่งปันผลประโยชน์	123
(6) ข้อเสนอแนะต่อแนวทางปฏิบัติ	123
6. ความลงท้าย	124
บทที่ 4 การศึกษาผลกระทบของข้อตกลงเขตการค้าเสรีในประเด็นสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต	125
บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ข
1. ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางด้านการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม	125
1.1 ข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา เรื่อง การขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิตทุกประเภท	125
1.2 การขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรเปรียบเทียบกับข้อตกลงระหว่างประเทศ	130

	ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก	
	1.3 ผลต่อการสร้างมาตรการกีดกันทางการค้าจากการขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต	132
	2. ผลกระทบจากมาตรการ NTB ต่อประเทศไทย	138
	2.1 ด้านสิ่งแวดล้อม: ผลต่อการลดลงของความหลากหลายทางพันธุกรรม	138
	2.2 ด้านเศรษฐศาสตร์: ผลต่อพฤติกรรมของเกษตรกร และนักวิจัยไทย	141
	2.3 ด้านกฎหมาย และสังคม: การฟ้องร้องดำเนินคดี และการเก็บรักษาพันธุ์	147
	3. โอกาสการสร้างรายได้เปรียบ/ มาตรการเชิงรุกของไทย	154
	 ภาคผนวก 1 : All Technologies (Utility Patents) Report,	158
	ภาคผนวก 2: Patent Counts By Class By Year,	163
	ภาคผนวก 3: Plant Patents Report,	165
	ภาคผนวก 4: Patents Statistics for France	169
บทที่ 5	การเปิดเสรีทางการค้าและการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ	180
	บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ข
	1. บทนำ	180
	2. ข้อจำกัดของการศึกษา	180
	3. ข้อเท็จจริง	181
	4. วิธีการศึกษา	182
	5. การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ	183
	6. การค้าเสรี	184
	7. จุดเชื่อมต่อระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม	185
	8. ข้อบทด้านสิ่งแวดล้อมใน FTA ไทย-สหรัฐ	186
	9. ข้อสังเกตเกี่ยวกับ NTB	187
บทที่ 6	การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตรายในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า:	188
	จุดยืนและข้อเสนอของไทย	
	บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ง
	1. อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal)	189

	หน้า
1.1 บทนำ	189
1.2 สารสำคัญของอนุสัญญาบาเซล	191
1.2.1 คำจำกัดความ	191
1.2.2 วิเคราะห์เนื้อหาสาระของอนุสัญญาบาเซล	192
1.2.3 ปัญหาการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล	195
1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม	196
1.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลกับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)	196
1.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลกับข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas/Agreements: FTAs)	203
1.4 วิเคราะห์ผลกระทบจากมาตรการทางการค้าของอนุสัญญาบาเซลต่อประเทศไทย	206
1.4.1 ผลกระทบในทางบวก	207
1.4.2 ผลกระทบในทางลบ	212
1.5 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย	217
2. ระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป	219
2.1 ความเป็นมา	219
2.2 สารสำคัญของระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS	220
1) สารสำคัญของระเบียบ WEEE	222
2) สารสำคัญของระเบียบ RoHS	226
2.3 ความคืบหน้าของการบังคับใช้ระเบียบ WEEE และ RoHS	228
2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างระเบียบ WEEE และ RoHS กับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)	230
2.5 ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS	233
2.5.1 ผลกระทบในทางบวก	233
2.5.2 ผลกระทบในทางลบ	233
2.6 การรับมือของภาคเอกชนและการดำเนินการของภาครัฐ	240
2.6.1 การรับมือของภาคเอกชนกับระเบียบ WEEE และ RoHS	240
2.6.2 การดำเนินของภาครัฐ	241
2.7 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย	247
บรรณานุกรม	249

	หน้า
บทที่ 7 บทนำ	253
บทคัดย่อไทย – อังกฤษ	ก-ง
1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา	253
1.2 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	255
1.3 วิธีการศึกษาวิจัย	256
1.4 การศึกษาและข้อสรุปเบื้องต้น	256
 บทที่ 2 ผลการศึกษาการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย สหรัฐ วิวัฒนาการของการทำความตกลงความร่วมมือ หรือการรวมตัวทาง เศรษฐกิจกับข้อบ่งชี้ว่าด้วยการลงทุน ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ International Investment Instruments	 257 257 273
 บทที่ 3 ผลการศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นหากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐ ในข้อบ่งชี้ว่าด้วยการลงทุนในด้านต่าง ๆ	 282
การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ	282
ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายในกระบวนการทำสนธิสัญญา	291
ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการเปิดเสรี	293
 บทที่ 4 ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนัก ลงทุน (State - Investor Dispute Settlement) โดยการศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและการยุติข้อพิพาทโดย ศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม	 294
หลักการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ภายใต้ GATT/WTO กับ การ เปิดการค้าเสรี	295
ความสัมพันธ์ระหว่าง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กับ ปัญหาการบังคับใช้ มาตรา III และ การปรับใช้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้น มาตรา XI	303
การบังคับใช้ความตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม กับ การค้า ภายใต้ระบอบการค้า โลกเสรี	305

	หน้า
คดีเกี่ยวกับการค้า การลงทุน และ ประเด็นทางสังคม วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม สิทธิมนุษยชน และทรัพย์สินทางปัญญา	306
บทที่ 5 หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา	342
5.1 วิวัฒนาการและหลักการเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา	342
5.2 ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969	348
5.3 คำนิยามของสนธิสัญญา	351
1. สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป	352
2. สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ	353
3. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก่อพันธะทางกฎหมาย	353
4. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสารฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน	354
5.4 ประเภทของสนธิสัญญา	355
1. ประเภทของสนธิสัญญาที่จำแนกโดยจำนวนผู้เข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา	356
2. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากสถานะของผู้เข้าร่วมทำสนธิสัญญา	357
3. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากชื่อต่างๆ ที่ใช้เรียก	358
5.5 ขั้นตอนการทำสนธิสัญญา	362
5.6 การรับรองและยืนยันความถูกต้องของข้อบทในสนธิสัญญา	369
5.7 การให้ความยินยอมและผูกพันตามผลของสนธิสัญญา	373
5.8 กระบวนการภายหลังการทำสนธิสัญญา	391
5.9 ความสมบูรณ์และผลของสนธิสัญญา	395
5.10 การแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา	406
5.11 การตีความสนธิสัญญา	409
5.12. ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม	414
5.13 การสิ้นสุดของสนธิสัญญาและการสิ้นผลบังคับของสนธิสัญญาต่อรัฐภาคี	417
5.14 สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ	433

	หน้า
คู่มือของสนธิสัญญาสันนิษฐานภาพทางกฎหมายหรือเปลี่ยนแปลง	437
สถานะทางกฎหมาย	
1. คู่มือของสนธิสัญญาสันนิษฐานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง	437
2. เหตุอื่น ๆ ที่ทำให้สนธิสัญญาอาจสิ้นสุดลง	438
3. ผลของความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก และการระงับใช้สนธิสัญญา	438
คำชี้แจงการใช้ข้อมูลในบทที่ 6	443
บทที่ 6 ข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน	444
ผลกระทบที่สำคัญของ FTA Thai - US ต่อประเทศไทย	444
การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ	446
ภาคผนวก ก	463
ภาคผนวก ข	501
ภาคผนวก ค สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี (Bilateral Investment Treaty)	530
ภาคผนวก ง US BIT Model	568
ภาคผนวก จ List of Contracting States and other Signatories of the Convention	570

บทคัดย่อ

สินค้าจีเอ็มโอ นับเป็นสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมที่เป็นสาเหตุแห่งการขัดแย้งมากที่สุดสินค้าหนึ่งในด้านหนึ่งก็ถูกมองว่าเป็นสินค้าที่จะมาช่วยแก้ปัญหาความขาดแคลนของอาหาร แก้ปัญหาศัตรูพืชของเกษตรกรการ เป็นแหล่งผลิตยาที่ราคาถูก เป็นต้น แต่ในอีกด้านหนึ่งก็ถูกมองเป็นสินค้าที่อาจเป็นอันตรายต่อผู้บริโภคในระยะยาว เป็นเครื่องมือในการผูกขาดของบริษัทข้ามชาติ เป็นตัวทำลายความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นต้น

ประเทศฝ่ายสนับสนุนซึ่งเป็นผู้ผลิตสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอรายใหญ่ก็พยายามผลักดันให้ประชาคมการค้าของโลก ผ่านกฎเกณฑ์ขององค์การระหว่างประเทศ และผ่านกระบวนการการทำข้อตกลงเปิดการค้าเสรี เพื่อให้สินค้าจีเอ็มโอเป็นที่ยอมรับและสามารถค้าขายได้เสมือนสินค้าที่มาจากวิธีการทางธรรมชาติปกติ ในขณะที่ฝ่ายคัดค้านซึ่งผู้บริโภคส่วนใหญ่ยังไม่ไว้วางใจในสินค้าจีเอ็มโอ ก็ได้พยายามออกกฎเกณฑ์การค้าเพื่อควบคุมการค้าและการแนะนำสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอเข้าสู่สิ่งแวดล้อม จนนำมาซึ่งข้อขัดแย้งทางการค้าหลายกรณี

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นผู้ถูกร้องขอจากประเทศผู้พัฒนาจีเอ็มโอให้อนุญาตการทำการทดลองและปลูกเลี้ยงเชิงพาณิชย์ เป็นประเทศที่ต้องซื้อพืชพันธุเทคโนโลยีจีเอ็มโอ ต้องนำเข้าสินค้าอาหารจีเอ็มโอมาแปรรูปเนื่องจากวัตถุดิบการเกษตรบางชนิด เป็นประเทศผู้ส่งออกอาหารไปยังตลาดที่ต่อต้านสินค้าจีเอ็มโอ และเป็นประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพที่อาจถูกผลกระทบทางลบจากสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอ จึงต้องมีการดำเนินนโยบายด้านสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอเพื่อประสานผลประโยชน์ด้านต่างๆ ของประเทศอย่างระมัดระวังยิ่ง การดำเนินนโยบายที่ถูกต้องจึงต้องมีการติดตามการเปลี่ยนแปลงกติกาการค้าของโลกที่สำคัญนี้

เอกสารนี้ได้รวบรวมสรุปประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศของสินค้าจีเอ็มโอ และกฎกติกาการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมและจะมีผลต่อการตัดสินใจทางนโยบายด้านจีเอ็มโอของไทย เช่น พิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ Codex มาตรการการกีดกันทางการค้าต่อสินค้าจีเอ็มโอ นโยบายเกี่ยวกับจีเอ็มโอของประเทศคู่ค้าที่สำคัญของไทย รวมทั้งการวิเคราะห์ผลกระทบของกติกาดังกล่าว และสรุปด้วยข้อเสนอแนะทางนโยบายซึ่งเกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอโดยรวมและด้านการค้าระหว่างประเทศสำหรับประเทศไทย

Abstract

Genetically Modified Organisms (GMOs) are the most controversial products that cause many disputes among trading nations. On the one hand, GMOs are considered as miracle goods that may solve world hunger, insect problems for farmers, and new sources of cheap medicine. On the other hand, GMOs are viewed as evil products that may, in the long run, be harmful to human consumption, can be used as a tool to increase the monopoly power of the multinational corporation, and may destroy the diversity of the nature.

Nations that support GMOs have been trying to gain the world acceptance via international organizations and free trade negotiations. Nations that oppose GMOs counteract by imposing new rules and regulations to prevent the introduction of GMOs into their markets and environment. These actions have led to many trade dispute cases.

Thailand is caught in a policy dilemma as it has many statuses in the area of GMOs. Thailand needs to response to the request of many multinational corporations that intent to introduce GMOs for commercial production into Thailand. It is also one of the developing countries that depends on imported GMOs technology, needs substantial amount of GMO food imports for its own consumption. Yet Thailand depends on food exports to countries that oppose GMOs and may be suffered from the damages on its biodiversity.

This document summarizes the important issues related to environment and international trade in GMOs. For instance, issues related to Cartagena Protocol on Biosafety, Codex Alimentarius Commission, trade measures that can be used to restrict GMOs, policies towards GMOs of Thailand's major trade partners are summarized and analyzed. The document ends with the policy implications and suggestions for Thailand.

กฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมและการค้าสินค้า GMOs

: ประเด็นวิเคราะห์และข้อเสนอ

รศ.ดร. ชยันต์ ตันติวิธดาการ*

1. บทนำ

1.1 นิยามของ GMOs

Genetically Modified Organisms (GMOs) หรือ Living Modified Organisms : LMOs) คือ พืช สัตว์ หรือ จุลชีวะที่ได้รับการดัดแปลงพันธุกรรม ด้วยการใช้วิธีการทางเทคโนโลยีชีวภาพในการตัดแต่งเอา ยีนส์ (Genes) ของสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นที่มีคุณสมบัติที่พึงปรารถนา มาต่อเข้ายีนส์ของสิ่งมีชีวิตอีกชนิดหนึ่ง เพื่อให้สิ่งมีชีวิตนั้นมีคุณสมบัติใหม่ที่มีประโยชน์มากขึ้น โดยอาจอยู่ในสภาพที่มีหรือไม่มีชีวิตก็ได้

ตัวอย่างของถั่วเหลืองที่ทนยาฆ่าหญ้า ฝ่ายที่ทนหนอนเจาะสมอ มะละกอที่ต้านทานโรคจุดวง แหวน มะเขือเทศที่สามารถเก็บไว้ได้นานโดยไม่เน่าเสียเร็ว ข้าวเพิ่มวิตามินเอ เป็นต้น

ประโยชน์ของสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอมีหลายประการด้วยกัน ซึ่งสามารถสรุปได้ดังนี้¹

1) ผลประโยชน์ด้านเกษตรกรรม: เทคโนโลยีชีวภาพนั้นสามารถทำให้ให้นักวิทยาศาสตร์สร้างพืช สายพันธุ์ใหม่ที่มีความคุณสมบัติที่ทนทานต่อสิ่งแวดล้อมได้ดีกว่าเดิม (Agronomic traits) เช่น สามารถ ป้องกันศัตรูพืช ทนแล้ง ทนดินเค็มหรือดินเปรี้ยว ทำให้ผลผลิตเสียหายจากสภาพแวดล้อมได้มากขึ้น หรือทำให้พืชทนยาปราบวัชพืช และสร้างความสะดวกแก่เกษตรกรในการฉีดพ่นยาปราบวัชพืชได้ใน ระหว่างการปลูกโดยไม่ต้องกลัวว่าพืชของตนจะเสียหาย ส่งผลให้ปลูกพืชได้มากขึ้นและอาจมีต้นทุน ลดลง² นอกจากนี้ยังอาจทำให้ผลผลิตทางการเกษตรสามารถเก็บรักษาได้นานขึ้นโดยไม่เน่าเสียเช่น กรณีของมะเขือเทศ

2) ผลประโยชน์ต่อผู้บริโภค: พืชจีเอ็มโอพันธุ์ใหม่อาจมีคุณสมบัติที่พึงประสงค์ของผู้บริโภค (Quality traits) เช่น ข้าวที่มีวิตามินเอ มันฝรั่งที่มีแป้งสูงกว่าปกติ กล้วยที่มีวิตามินซีป้องกันโรค เป็นต้น หรืออาจเป็นพืชที่ทำสีสังหรือรูปร่างที่แปลกใหม่กว่าเดิม หรือสดทนนานกว่าเดิม เป็นต้น

3) ผลประโยชน์ด้านการผลิตทางอุตสาหกรรม: พืชจีเอ็มโอที่ให้ผลผลิตมากขึ้น หรือมีความเสียหายจากสภาพแวดล้อมน้อยลง อาจส่งผลให้อุตสาหกรรมมีวัตถุดิบที่ถูกลง เช่นในกรณีของถั่วเหลือง

*รองคณบดีฝ่ายวิชาการ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จากข้อมูลออนไลน์ที่ [http://www.dft.moc.go.th/the_files/\\$\\$16/level4/GMO_apr05.pdf](http://www.dft.moc.go.th/the_files/$$16/level4/GMO_apr05.pdf)

² ต้นทุนของเกษตรกรจะลดลงเนื่องจากพืชทนแมลงไม่จำเป็นต้องใช้สารเคมีปราบแมลงประเภทนั้นๆ แต่ในกรณีของพืชทนยา ฆ่าหญ้านั้น ขึ้นอยู่กับพฤติกรรมของเกษตรกร หากใช้ยาฆ่าหญ้าตามหลักวิชาการก็ไม่ได้ลดค่าใช้จ่ายแตกต่างจากเดิมนัก แต่ ถ้าเกษตรกรเห็นว่าต่อไปนี้ไม่ต้องระวังว่าพืชหลักของตนจะตายและอยากให้วัชพืชตายเร็วๆ ก็อาจใช้ยาฆ่าหญ้ามามากขึ้นกว่าเดิม ทำให้ต้นทุนเพิ่มขึ้นได้

ซึ่งเป็น วัตถุประสงค์ของการผลิตน้ำมันพืชและอาหารสัตว์ เป็นต้น นอกจากนี้ยังอาจใช้เป็นแหล่งในการผลิต เอ็นไซม์ที่ใช้ในอุตสาหกรรมการผลิตน้ำตาล ไม้ เนยแข็ง วัคซีน ยาและฮอร์โมนต่างๆ

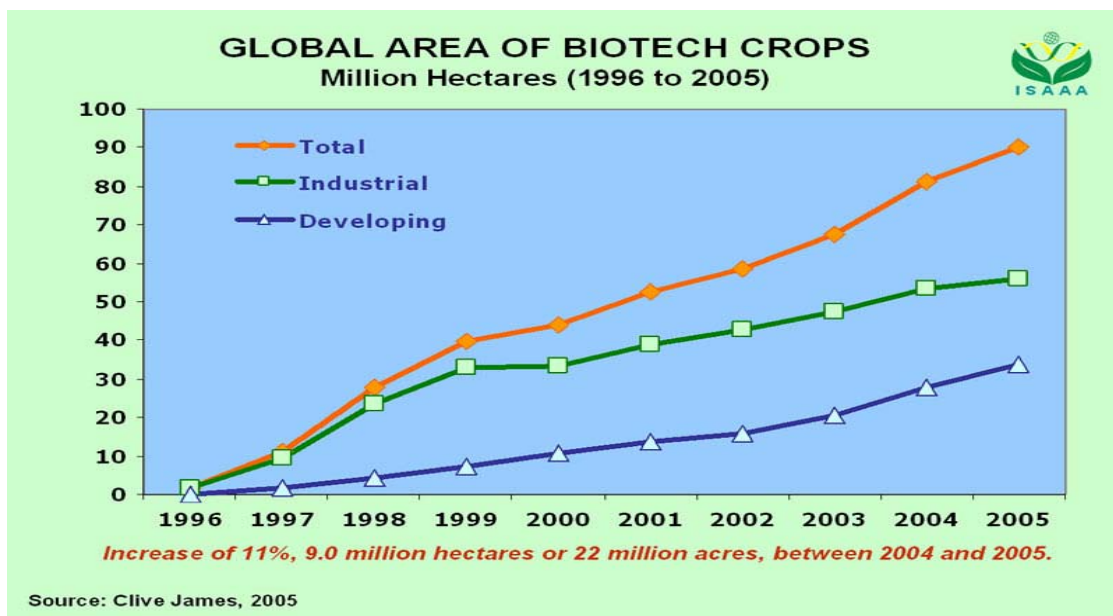
1.2 ปริมาณและแหล่งการปลูกของ GMOs

การปลูกพืช จีเอ็มโอ เป็นการค้าเริ่มขึ้นในโลกตั้งแต่ปี พ.ศ. 2538 (1995) และมีการขยายตัวอย่างรวดเร็วในช่วงปี พ.ศ. 2547-2548 (2004 - 2005) มีอัตราเพิ่มถึงร้อยละ 11 โดยปริมาณการเพาะปลูกพืช GMOs ครอบคลุมพื้นที่ถึง 90 ล้านเฮกเตอร์ในปีพ.ศ. 2548³

จากจำนวนพื้นที่เพาะปลูกจีเอ็มโอทั้งหมด พบว่ากว่าร้อยละ 55 อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่เหลือกระจายอยู่ในอีก 21 ประเทศ และที่น่าจะมีสัดส่วนสูง ก็ได้แก่ อาเจนตินา บราซิล แคนาดา และปารากวัย ดังแสดงใน ตารางที่ 1 ในส่วนของประเทศในเอเชีย ที่น่าจับตาก็คือประเทศจีนและอินเดีย ซึ่งมีพื้นที่เพาะปลูกที่เป็นจีเอ็มโอสูงเช่นกัน โดยกว่าร้อยละ 70 เป็นจีเอ็มโอประเภทที่ทนยาฆ่าหญ้า อีกประมาณร้อยละ 18 เป็นแบบที่ทนแมลง ร้อยละ 11 เป็นจีเอ็มโอแบบที่ทนยาฆ่าหญ้าและทนแมลง ที่เหลือเป็นแบบอื่นๆ

นอกจากนี้พืชที่เป็นจีเอ็มโอและมีการผลิตค่อนข้างมากก็ได้แก่ ถั่วเหลืองโดยมีพื้นที่ปลูกถึง 54.4 ล้านเอเคอร์ ในปีเดียวกัน คิดเป็นประมาณร้อยละ 60 ของพื้นที่ปลูกถั่วเหลืองทั่วโลก พืชถัดมาที่สำคัญคือ ข้าวโพด โดยมีพื้นที่ปลูกประมาณ 21.2 ล้านเอเคอร์ (ร้อยละ 24 ของการเพาะปลูกข้าวโพดทั้งหมด) รองลงมาอีกก็ได้แก่ ฝ้าย ซึ่งมีพื้นที่ปลูก 9.8 ล้านเอเคอร์ (ร้อยละ 11 การปลูกฝ้ายทั้งหมด)⁴

ภาพที่ 1: ปริมาณพื้นที่เพาะปลูกพืช GMOs ในช่วงปี พ.ศ. 2539 – 2548 (1996 – 2005)



³ Clive James (2005) ข้อมูลออนไลน์ จาก <http://www.isaaa.org/kc/bin/briefs34/es/index.htm>

⁴ ข้อมูลออนไลน์ จาก GMO Compass

ที่ http://www.gmo-compass.org/eng/agri_biotechnology/gmo_planting/194.global_growing_area_gm_crops.html

ตาราง 1: ประเทศที่มีการเพาะปลูกพืชจีเอ็มโอ ในปี พ.ศ. 2548 (2005)

Rank	Country	Area (million hectares)	(%)	Biotech Crops
1*	USA	49.8	55.3	Soybean, Maize, Cotton, Canola, Squash,
2*	Argentina	17.1	19.0	Soybean, Maize, Cotton
3*	Brazil	9.4	10.4	Soybean
4*	Canada	5.8	6.4	Canola, Maize, Soybean
5*	China	3.3	3.7	Cotton
6*	Paraguay	1.8	2.0	Soybean
7*	India	1.3	1.4	Cotton
8*	South Africa	0.5	0.6	Maize, Soybean, Cotton
9*	Uruguay	0.3	0.3	Soybean, Maize
10*	Australia	0.3	0.3	Cotton
11*	Mexico	0.1	0.1	Cotton, Soybean
12*	Romania	0.1	0.1	Soybean
13*	Philippines	0.1	0.1	Maize
14*	Spain	0.1	0.1	Maize
15	Colombia	<0.1	<0.1	Cotton
16	Iran	<0.1	<0.1	Rice
17	Honduras	<0.1	<0.1	Maize
18	Portugal	<0.1	<0.1	Maize
19	Germany	<0.1	<0.1	Maize
20	France	<0.1	<0.1	Maize
21	Czech	<0.1	<0.1	Maize

ที่มา : Clive James (2005)

หมายเหตุ * หมายถึง 14 ประเทศที่มีการปลูกจีเอ็มโอตั้งแต่ 50,000 เฮกเตอร์ขึ้นไป

1.3 สาเหตุที่ GMOs กลายเป็นประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมและการกีดกันทางการค้า

การผลิตพืชจีเอ็มโอนั้นแตกต่างจากวิธีการพัฒนาพันธุ์ในอดีตซึ่งอาศัยกระบวนการวิวัฒนาการของธรรมชาติ โดยผ่านการผสมข้ามพันธุ์ การชักนำให้กลายพันธุ์ และยังต้องขึ้นกับว่าพันธุ์ที่ผสมขึ้นใหม่นั้นจะมีชีวิตรอดและปรับตัวเข้ากับสิ่งแวดล้อมได้หรือไม่ การเปลี่ยนแปลงสารพันธุกรรมที่เกิดขึ้นจึงเป็นแบบสุ่ม ในขณะที่กระบวนการพัฒนาพันธุ์พืชโดยเทคโนโลยีชีวภาพเป็นการแทรกยีนส์ที่พึงปรารถนาเข้าไปเพื่อให้เกิดพันธุ์ใหม่โดยตรง ดังนั้นพืชพันธุ์ใหม่จึงไม่มีโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้เองเลยในกระบวนการวิวัฒนาการตามธรรมชาติ กรรมวิธีการสร้างพืชจีเอ็มโอที่แปลกใหม่นี้จึงกลายมาเป็นที่มาของความกังวลต่างๆ ดังนี้

1) ความห่วงกังวลของผู้บริโภคบางกลุ่มต่อความปลอดภัยในการบริโภค: จากข้อมูลขนาดพื้นที่การผลิต และประเภทของพืชที่เป็นจีเอ็มโอข้างต้น จะเห็นได้ว่าการผลิตพืช จีเอ็มโอเป็นจำนวนมาก และอยู่ล้นแต่เป็นพืชที่สำคัญต่อการบริโภคของประชากรโลกทั้งสิ้น และเนื่องจากเป็นพืชที่มนุษย์บริโภค แต่มีได้เกิดขึ้นได้เองตามธรรมชาติ ผู้บริโภคบางกลุ่มจึงยังคงมีความไม่ไว้วางใจว่าจะมีความปลอดภัยในการบริโภคหรือไม่

ตัวอย่างของข้อกังวลดังกล่าวได้แก่ การกังวลว่าอาหารดังกล่าวอาจก่อให้เกิดสารพิษหรือสารก่อภูมิแพ้ กระบวนการผลิตอาจทำให้เกิดจุลินทรีย์พันธุ์ใหม่ หรือทำให้จุลินทรีย์เกิดมีความสามารถต่อต้านยาปฏิชีวนะขึ้น เป็นต้น

ฝ่ายของรัฐบาลของประเทศที่สนับสนุนการปลูกพืชจีเอ็มโอ ซึ่งมีหน้าที่เป็นผู้ควบคุมดูแลความปลอดภัยของอาหารด้วย ก็มีได้แก่ปัญหาความกังวลดังกล่าวให้กับผู้บริโภคได้เช่นกัน เนื่องจากมักจะใช้หลักความเท่าเทียมอย่างเพียงพอ (**Substantially equivalent**) เป็นบรรทัดฐานสำหรับการตรวจสอบความปลอดภัยด้านอาหาร หลักการนี้ใช้วิธีการตรวจสอบเปรียบเทียบคุณสมบัติต่างๆ โดยเน้นที่องค์ประกอบทางเคมีและคุณสมบัติทางโภชนาการของอาหารจีเอ็มโอ เปรียบเทียบกับอาหารชนิดเดียวกันที่ได้จากธรรมชาติทราบอยู่แล้วว่ามีความปลอดภัย หากพบว่ามีใกล้เคียงกันมากเพียงพอ ก็แสดงว่าอาหารจีเอ็มโอมีความเท่าเทียมอย่างเพียงพอกับอาหารที่ไม่ใช่จีเอ็มโอ และถือได้ว่าปลอดภัยทัดเทียมอาหารที่ได้จากธรรมชาติ และไม่จำเป็นต้องแยกแยะออกจากผลิตภัณฑ์ธรรมดา แต่ถ้าแตกต่าง จึงจะจำเป็นต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบที่เข้มงวดขึ้น จะเห็นได้ว่าหลักการดังกล่าวมิได้ทำการทดสอบความปลอดภัยของอาหารจีเอ็มโอโดยตรงแต่อย่างใด จึงไม่ได้ช่วยลดความกังวลของผู้บริโภค

นอกจากนี้การทดสอบความปลอดภัยของอาหารเท่าที่ทำอยู่ในปัจจุบัน ยังเป็นการทดสอบที่มีระยะเวลาในการทดลองที่สั้น จึงเป็นการพิสูจน์เพียงว่าอาหารจีเอ็มโอน่าจะปลอดภัยในระยะสั้นเท่านั้น ผู้บริโภคยังคงมีความกังวลว่าอาจมีความไม่ปลอดภัยได้หากมีการบริโภคเป็นเวลานานพอ หรืออาจมีผลในระยะยาวนั่นเอง ตัวอย่างในอดีตเช่น กรณีของสารดีดีทีที่ใช้ฆ่าแมลง หรือ ซิลิโคนที่ใช้ในการเสริมทรวงอก ล้วนเป็นประจักษ์พยานที่ชี้ชัดว่า สารบางชนิดที่นักวิทยาศาสตร์เคยเชื่อว่าจะมีความปลอดภัยและถึงกับส่งเสริมให้ประชาชนใช้เช่นดีดีทีนั้น กลับมีพิษภัยร้ายแรงได้เมื่อใช้เป็นเวลานาน และเกิดการสะสมในร่างกายของคนและสัตว์

2) ความเสี่ยงด้านความปลอดภัยทางชีวภาพต่อสิ่งมีชีวิตอื่น ๆ จากการแพร่พันธุ์และการผลิตจีเอ็มโอ:

2.1) กรณีผสมกับพันธุ์พื้นเมืองที่เป็นพืชประเภทเดียวกัน

เนื่องจากละอองเกสรของพืชจีเอ็มโออาจสามารถปลิวหรือถูกแมลงนำไปผสมกับเกสรของพืชที่อยู่ในแปลงข้างเคียงได้ ทำให้พืชที่อยู่ในแปลงข้างเคียงมีเมล็ดที่กลายเป็นจีเอ็มโอโดยไม่ตั้งใจ

ในกรณีที่มีการผสมเกสรกับพันธุ์พื้นเมืองที่เป็นพืชประเภทเดียวกัน ก็อาจทำให้เกิดผลกระทบหลายด้านเช่น ทำให้พันธุ์ที่เคยเป็นพืชปลอดจีเอ็มโอ ถูกต่อต้านจากผู้บริโภคบางกลุ่มที่รังเกียจจีเอ็มโอไปด้วย

นอกจากนี้เกษตรกรที่พืชของตนได้รับยีนจีเอ็มโอไปแล้วนำไปปลูกต่อก็อาจถูกฟ้องร้องเรียกค่าลิขสิทธิ์จากบริษัทผู้เป็นเจ้าของพืชจีเอ็มโอได้ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นแล้วในคดีระหว่างนายชไมเซอร์ (Percy Schmeiser) กับบริษัทมอนซานโตแคนาดา (Monsanto Canada Inc.)⁵

ผลกระทบอีกประการที่อาจเกิดขึ้นก็คือ ในบางกรณีนั้นผู้ผลิตพืชจีเอ็มโอจะมีการบังคับให้พืชดังกล่าวเป็นหมัน เพื่อไม่ให้เกษตรกรสามารถเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้ต่อได้ และจำเป็นจะต้องกลับไปซื้อเมล็ดพันธุ์จากบริษัทโดยตลอด หากเกษตรกรของพืชดังกล่าวไปผสมกับของพันธุ์พื้นเมือง ก็อาจทำให้พันธุ์พื้นเมืองพลอยเป็นหมันไปด้วย ทำให้เกษตรกรไม่มีเมล็ดพันธุ์ของตนเองสำหรับใช้ในรุ่นต่อไป

ผลกระทบที่ตามมาจากปัญหาต่างๆข้างต้น ย่อมทำให้ปริมาณการผลิตของพืชที่ปลอดภัยจีเอ็มโอลดลง และทำให้ผู้บริโภคที่ไม่ต้องการจีเอ็มโอมีทางเลือกลดน้อยลงเรื่อยๆ

2.2) กรณีผสมกับพันธุ์พื้นเมืองที่เป็นพืชประเภทอื่น

ปัญหาในกรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน หากพืชจีเอ็มโอดังกล่าวมีพืชพันธุ์พื้นเมืองอื่นๆ ที่เป็นสายพันธุ์ใกล้เคียงมากพอ จนสามารถผสมเกสรข้ามพันธุ์กันได้ หากพืชพันธุ์ใหม่ที่เกิดขึ้นมีความสามารถในการต้านทานแมลงและยาฆ่าหญ้าเกิดการกลายพันธุ์และแพร่หลายจนไม่สามารถควบคุมได้ ก็จะสามารถกลายเป็นวัชพืช (Super weeds) ซึ่งไม่สามารถปราบปรามได้ง่าย

ปัญหานี้ นับว่าเป็นประเด็นที่ประเทศที่กำลังพัฒนาควรที่จะต้องมีความกังวลมากกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากประเทศที่กำลังพัฒนายังมีความสามารถไม่สูงนักในการกักกันพืช การควบคุมการทดลองให้ปลอดการเล็ดลอดของเชื้อพันธุ์ และการควบคุมปัญหาการปะปนข้ามพันธุ์เมื่อมีการผลิตเชิงพาณิชย์ ซึ่งในที่สุดจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพได้ง่าย

ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในกรณีของมะละกอจีเอ็มโอ ที่เล็ดลอดออกมาจากแปลงทดลองก็เป็นประจักษ์พยานที่ชัดเจนว่าประเทศไทยยังไม่มีมาตรการและการปฏิบัติที่รัดกุมเพียงพอในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว

3) ความกังวลด้านผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมโดยอ้อมด้านอื่น ๆ:

3.1) ปัญหาแนวโน้มการใช้สารกำจัดวัชพืชเพิ่มขึ้นเนื่องจากไม่ต้องกังวลว่าพืชจีเอ็มโอจะเสียหาย : เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนามักมีแนวโน้มที่จะใช้สารกำจัดวัชพืชมากและถี่ขึ้น โดยหวังที่จะทำให้พืชตามธรรมชาติชนิดอื่นที่ขึ้นใกล้เคียงและแย่งอาหารกับพืชเศรษฐกิจของตนตายเร็วขึ้น

การกระทำดังกล่าวจะทำให้ความหลากหลายของพืชสัตว์ธรรมชาติอื่นๆ ที่อยู่ใกล้เคียงลดลง ซึ่งอาจส่งผลเสียต่อความสมดุลของสิ่งแวดล้อมในระยะยาว รวมทั้งลดโอกาสที่จะได้ใช้ประโยชน์ ด้านยาจากความหลากหลายทางชีวภาพไป นอกจากนี้สารเคมีที่ใช้กันอย่างแพร่หลายย่อมจะกระทบต่อทรัพยากรน้ำและดินที่อยู่โดยรอบ และอาจกระทบต่อสุขภาพของผู้บริโภคและสภาพทางนิเวศวิทยาในที่สุด

⁵ ดูรายละเอียดจาก Adcock, M. (2005), "The Monsanto v Schmeiser case: A European Perspective", a paper presented in 9th ICABR International Conference on Agricultural Biotechnology: Ten Years Later, Ravello (Italy), July 6-10.

ในทางตรงกันข้ามพืชหรือสัตว์ที่เป็นศัตรูพืชที่มีโอกาสกระทบหรือสัมผัสกับพืชจีเอ็มโอเป็นจำนวนมากและเป็นเวลานานก็อาจมีการพัฒนาภูมิคุ้มกันได้เร็วขึ้น และทำให้พันธุ์ดังกล่าวไม่มีผลในระยะยาวได้ นอกจากนี้จากกระบวนการผลิตพืชและสัตว์จีเอ็มโอเองก็ยังมีขั้นตอนที่อาจสร้างสารหรือจุลินทรีย์ที่ไม่พึงประสงค์ได้ เมื่อมีการนำเอาพืชและสัตว์เหล่านั้นมาผลิตก็อาจสร้างสารหรือจุลินทรีย์ตกค้างในดินมากขึ้น

4) ความกังวลด้านผลกระทบของจีเอ็มโอต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศที่มีเทคโนโลยีชีวภาพด้านชีวภาพที่ด้อยกว่า:

4.1) ความเสี่ยงของเกษตรกรผู้ปลูกพืชพันธุ์พื้นเมืองหรือผู้ทำเกษตรอินทรีย์:

เนื่องจากพืชจีเอ็มโอมักมีคุณสมบัติที่ทนทานต่อสภาพแวดล้อมที่สูงกว่าของพันธุ์พื้นเมือง ดังนั้นพันธุ์พื้นเมืองก็มีแนวโน้มที่จะถูกบีบให้ออกไปจากตลาด เพราะไม่สามารถแข่งขันเชิงพาณิชย์ได้ในระยะยาว เพราะมีต้นทุนที่แพงกว่า ยกเว้นว่าจะมีผู้บริโภคจำนวนมากพอที่ยังมีความต้องการบริโภคพืชที่ปลอดภัยจีเอ็มโอและยินดีที่จะจ่ายราคาแพงขึ้น เช่นในกรณีของเกษตรอินทรีย์ การผลิตพืชที่ปลอดภัยจีเอ็มโอนั้นมีความยุ่งยากในการดูแลรักษามากกว่า และยังต้องมีต้นทุนสูงขึ้นในการป้องกัน ตรวจสอบ และรับรองว่า พันธุ์ของตนจะไม่มีปะปนกับพืชจีเอ็มโอ ปัญหานี้ส่งผลกระทบต่อทั้งประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่นสหภาพยุโรป ในฐานะที่เป็นประเทศที่ผู้บริโภคมีความต้องการอาหารที่ปลอดภัยจีเอ็มโอและเกรงว่าการปลูกหรือนำเข้าจะไปปะปนกับพืชปลอดภัยจีเอ็มโอของตน และส่งผลกระทบต่อประเทศกำลังพัฒนาในฐานะที่เป็นผู้ผลิตสินค้าอาหารส่งออกไปยังประเทศที่ต้องการอาหารปลอดภัยจีเอ็มโอ

4.2) ประเทศกำลังพัฒนาเสียเปรียบอำนาจผูกขาดของเจ้าของเทคโนโลยีจีเอ็มโอ:

เนื่องจากเทคโนโลยีการวิจัยด้านจีเอ็มโอเป็นลิขสิทธิ์ของบริษัทข้ามชาติของประเทศกำลังพัฒนาทั้งสิ้น ดังนั้นในการวิจัยและพัฒนาพันธุ์ในมีคุณสมบัติที่ต้องการ รวมทั้งการผลิตเมล็ดพันธุ์ต่างๆ ก็จะต้องจ่ายค่าลิขสิทธิ์ดังกล่าว ทำให้เมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์สัตว์จะต้องมีราคาแพงจากค่าใช้จ่ายดังกล่าว และเมื่อพันธุ์พื้นเมืองที่ปลอดภัยจีเอ็มโอถูกบีบให้ออกไปจากตลาดดังที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น เกษตรกรก็จะต้องจ่ายซื้อเมล็ดพันธุ์จากบริษัทข้ามชาติเหล่านี้แทน นอกจากนี้เมล็ดพันธุ์เหล่านี้ยังอาจถูกทำให้เป็นหมัน ทำให้เกษตรกรไม่สามารถเก็บเมล็ดพันธุ์ไว้ใช้อีกในรอบต่อไปเช่นในอดีต ทำให้ต้องตกอยู่ใต้อำนาจผูกขาดของบริษัทดังกล่าว

ปัญหาอีกประการหนึ่งก็คือเกษตรกรที่ใช้พืชจีเอ็มโอที่มีลักษณะทนยากำจัดวัชพืช ย่อมจะต้องถูกบังคับให้ซื้อสารเคมีกำจัดวัชพืชที่ขายแพงมากกับเมล็ดพันธุ์หรือพันธุ์สัตว์นั้นๆ ซึ่งเป็นการเพิ่มอำนาจผูกขาดให้กับบริษัทข้ามชาติอีกต่อหนึ่ง

ปัญหาที่ตามมาก็คือประเทศที่กำลังพัฒนาที่ต้องพึ่งพิง สัตว์และสารเคมีเฉพาะดังกล่าว ก็จะสามารถพึ่งพาตัวเองได้น้อยลงทุกทีๆ ประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่มีระดับการพัฒนาด้านเทคโนโลยีชีวภาพที่ยังไม่สูงนัก ก็เชื่อว่าจะพ้นจากปัญหาการพึ่งพิงดังกล่าว

จากปัญหาที่เกิดขึ้นจริงแล้วและความกังวลต่างๆข้างต้น ย่อมส่งผลให้ประเทศต่างๆทั้งที่กำลังพัฒนาและพัฒนาแล้วแต่ยังไม่ได้มีการยอมรับพืชจีเอ็มโอ มีการออกมาตรการต่างๆทั้งโดยตรงและโดยอ้อมเพื่อกีดกันการนำเข้าอาหารจีเอ็มโอ ทั้งในรูปของ พืช อาหารแปรรูป และการนำเข้ามาเพาะปลูก เพื่อบรรเทาปัญหาต่างๆข้างต้น ดังนั้นเนื้อหาในส่วนถัดไปจะเป็นการสรุปกฎกติกาต่างๆที่เกี่ยวข้องกับพืชจีเอ็มโอ

2. กติกาด้านสิ่งแวดล้อมและการค้าระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอ

กฎกติการะหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอสามารถแบ่งได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ๆ กลุ่มแรก มีแนวคิดที่พัฒนาขึ้นโดยกลุ่มประเทศที่มีได้เป็นผู้ผลิตสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอ โดยเน้นที่ความปลอดภัยทางชีวภาพ และมีความกังวลว่าการนำสิ่งมีชีวิตเข้าสู่สภาพแวดล้อมอาจทำให้เกิดปัญหาในระยะยาวที่คาดคิดไม่ถึง เนื่องจากสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอไม่ได้เกิดขึ้นโดยกระบวนการทางธรรมชาติและสถานะของความรู้ในปัจจุบันยังไม่เพียงพอที่จะตัดสินได้ว่าจะเป็นอันตรายมากน้อยแค่ไหน ดังนั้นจึงควรทำด้วยความระมัดระวังและใช้แนวคิดแบบป้องกันไว้ก่อน (Precautionary Approach) แนวคิดนี้จึงสนับสนุนให้ประเทศที่ยังไม่ต้องการเสี่ยงสามารถที่จะเลือกที่จะไม่นำเข้าสินค้าหรือสิ่งมีชีวิตที่เป็นจีเอ็มโอ แม้ว่าจะยังไม่มีข้อพิสูจน์ทาง วิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนว่าเป็นอันตรายก็ตาม หรือสามารถที่จะเลือกนำเข้าโดยมีเงื่อนไขกำกับ เช่นบังคับให้มีการติดฉลาก เพื่อให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคตามหลักสิทธิในการรับรู้ข้อมูล (Rights to know) แล้วให้ผู้บริโภค ตัดสินใจเองว่าจะเลือกใช้หรือบริโภคหรือไม่ แนวคิดนี้ได้นำไปสู่การร่างพิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Biosafety Protocol) ขึ้น

แนวคิดของกลุ่มที่สองนั้นพัฒนาขึ้นโดยกลุ่มประเทศที่เป็นผู้ผลิตสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอ ซึ่งเห็นว่าสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอนั้นมีความปลอดภัยเพราะมีลักษณะพื้นฐานทางพันธุกรรมเกือบร้อยเปอร์เซ็นต์เหมือนกับสิ่งมีชีวิตตามธรรมชาติอยู่แล้ว หรือมีความเหมือนกันอย่างเพียงพอ (Substantially equivalent) และสถานะของความรู้เท่าที่มีอยู่ในปัจจุบันก็ยังไม่พบข้อพิสูจน์ว่าเป็นอันตราย ดังนั้นการให้สิทธิแก่ประเทศในการปฏิเสธการนำเข้าโดยที่ยังไม่มีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนว่าเป็นอันตราย จึงเป็นเพียงข้ออ้างในการกีดกันทางการค้า และในเมื่อมีความเชื่อว่าสินค้าทั้งที่เป็นจีเอ็มโอและไม่ใช่จีเอ็มโอมีความเหมือนกันมากพอ การตั้งเงื่อนไขเช่นการติดฉลาก จึงเท่ากับเป็นการเลือกปฏิบัติและทำให้สินค้าหรือสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอถูกมองในแง่ร้ายจากผู้บริโภค

แนวคิดทั้งสองมีความสำคัญและนำไปสู่ข้อตกลงกติการะหว่างประเทศที่ขัดแย้งกัน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจในรายละเอียดดังนี้

2.1 พิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ (Biosafety Protocol)

ความเป็นมา

พิธีสารนี้เป็นส่วนหนึ่งของ **อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity: CBD)** ของสหประชาชาติ จากการให้ฉันทานุมัติของสมาชิกสหประชาชาติในการประชุม Earth Summit เมื่อปี 2535 พิธีสารนี้เกิดขึ้นเนื่องจากความกังวลถึงผลกระทบและความเสี่ยงของจีเอ็มโอต่อคนและสิ่งแวดล้อมจากการนำพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตต่างถิ่น (Non-indigenous species) เข้ามาในระบบนิเวศ โดยในเดือนกุมภาพันธ์ 2542 (1999) สมาชิกกว่า 135 ประเทศได้ประชุมร่วมกันที่เมืองคาร์ตาเฮนาเพื่อร่างข้อตกลงในการควบคุมจีเอ็มโอ พิธีสารดังกล่าวจึงมักถูกเรียกว่า **พิธีสารคาร์ตาเฮนา (Cartagena Protocol on Biosafety)** ตามชื่อเมืองคาตาเฮนา ประเทศโคลัมเบียซึ่งเป็นพื้นที่ซึ่งมีการจัดยกร่างพิธีสารดังกล่าวด้วย ในการประชุมดังกล่าวแม้ว่าจะได้รับการรับรองจากผู้แทน 130 ประเทศ แต่ไม่สามารถบรรลุข้อตกลงได้

ต่อมาในเดือนกันยายนปีเดียวกัน มีการประชุมที่เวียนนา โดยการสนับสนุนขององค์การสหประชาชาติ เพื่อร่างข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องการค้า การครอบครอง และการขนส่งจีเอ็มโอ กลุ่มประเทศต่อต้านหรือที่มักถูกเรียกว่า **Miami Group** (สหรัฐอเมริกา และประเทศผู้ส่งออกเมล็ดพืชอื่นๆ เช่น แคนาดา อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย และ ชิลี) ไม่เห็นด้วยที่จะทำให้เมล็ดพืชเป็นหัวข้อหนึ่งของร่างพิธีสารและสนับสนุนให้อนุสัญญานี้ขึ้นอยู่กับกฎระเบียบขององค์การการค้าโลก ซึ่งเน้นการค้าเสรีเป็นหลัก ข้อเสนอนี้ถูกต่อต้านโดยสมาชิกอีกกลุ่มหนึ่งที่เรียกว่า **Like-Mind Group** ซึ่งมีสมาชิก 75 ประเทศซึ่งส่วนใหญ่เป็น กลุ่มประเทศโลกที่สาม และสนับสนุนให้ใช้ **หลักการป้องกันไว้ก่อน (Precautionary Principle)**

อย่างไรก็ตาม ในที่สุดผู้เข้าร่วมประชุมก็ได้มีการตกลงที่จะลงนามในร่างตราสารความปลอดภัยทางชีวภาพในวันที่ 29 มกราคม 2543 (ค.ศ.2000) และบรรลุข้อสรุปที่มอนทรีออล (Montreal) โดยเปิดให้ลงนามที่นิวออร์คในเดือนมิถุนายน 2543 - มิถุนายน 2544 มีผลบังคับใช้ใน 90 วัน หลัง 50 ประเทศให้สัตยาบัน⁶ ปัจจุบันมีประเทศต่างๆ ให้สัตยาบันแล้ว 188 ประเทศ โดยประเทศไทยให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2546 เป็นลำดับที่ 188 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2547⁷ อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาซึ่งเสียผลประโยชน์จากพิธีสารดังกล่าวยังไม่ได้ให้สัตยาบัน

ประเด็นสำคัญของพิธีสารว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ

พิธีสารดังกล่าวอนุญาตให้ประเทศภาคีสามารถติดต่อดำขายกับประเทศที่ไม่ใช่ภาคีได้ ตราบที่การค้าขายดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักการของพิธีสาร โดยผู้ส่งออกจะต้องมีการให้ข้อมูลหรือแลกเปลี่ยนข้อมูลล่วงหน้า ภายใต้กระบวนการข้อตกลงในการแจ้งล่วงหน้า (**Advanced Informed Agreement or**

⁶ ดูประวัติความเป็นมาของพิธีสารดังกล่าวเพิ่มเติมได้จาก สิทธิพล(2547) และ ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพ (2547)

⁷ จากข้อมูลออนไลน์ของ Biosafety Clearing House of Thailand ที่ http://chm-thai.onep.go.th/CHM/convention_3.htm

AIA) ซึ่งต้องแสดงผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมต่อประเทศผู้นำเข้าก่อนการเคลื่อนย้ายข้ามพรมแดนโดยเจตนาครั้งแรก ของสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอเพื่อการนำไปปลดปล่อยโดยเจตนาสู่สิ่งแวดล้อม (มาตรา 7)

จากนั้นประเทศผู้นำเข้ามีเวลา 270 วัน ในการพิจารณาว่าจะอนุญาตให้นำเข้าสินค้าจีเอ็มโอดังกล่าวหรือไม่ เมื่อประเทศสมาชิกผู้นำเข้าได้พิจารณาข้อมูลดังกล่าวแล้ว ประเทศดังกล่าวมีสิทธิที่จะใช้มาตรการต่าง ๆ ในการป้องกันไม่ให้สินค้าจีเอ็มโอส่งผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพและเป็นอันตรายต่อ ผู้บริโภค ซึ่งเป็นไปตาม หลักการป้องกันไว้ก่อน (**Precautionary Principle**) ของปฏิญญาโอว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (Rio Declaration on Environment and Development) ซึ่งอนุญาตให้ประเทศผู้นำเข้ามีสิทธิที่จะห้ามหรือจำกัดการนำเข้าผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนผสมของสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอ แม้ว่าจะขาดข้อมูลยืนยันทาง วิทยาศาสตร์ถึงความแน่นอนว่าผลิตภัณฑ์นั้นๆ อาจทำลายสิ่งแวดล้อมหรือเป็นภัยต่อสุขภาพหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดีประเทศผู้นำเข้านั้นจะต้องใช้มาตรฐานเดียวกันทั้งกับผลิตภัณฑ์ที่มาจากต่างประเทศและที่ผลิตในประเทศ

ประเทศภาคีจะต้องดำเนินการกำหนดให้มีเอกสารข้อมูล กำกับว่า สิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่มีเจตนาเพื่อใช้เป็นอาหาร หรืออาหารสัตว์ หรือนำมาแปรรูป โดยจำแนกให้ชัดเจนว่า “อาจประกอบด้วย” (“may contain”) สิ่งมีชีวิตที่ได้รับการดัดแปลงพันธุกรรม และไม่มีเจตนาเพื่อนำไปปลดปล่อยสู่สิ่งแวดล้อมโดยเจตนา (มาตรา 18)⁸

ประเทศภาคีของพิธีสารนี้สามารถที่จะทำความตกลง และข้อตกลงทวิภาคี ระดับภูมิภาค และพหุภาคี ในเรื่องการเคลื่อนย้ายสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอได้ หากความตกลงและข้อตกลงเหล่านั้น ไม่ส่งผลให้ความคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่าที่บัญญัติโดยพิธีสาร (มาตรา 14) และยังสามารถติดต่อดำเนินการกับประเทศที่ไม่ใช่ภาคี ได้ ครอบคลุมที่ไม่ขัดต่อหลักการของพิธีสาร (มาตรา 24)

ประเทศภาคีสามารถที่จะพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจมีต่อเศรษฐกิจ-สังคม ในด้านของการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อคุณค่าของความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพที่มีอยู่ในชุมชนดั้งเดิมและท้องถิ่น (มาตรา 26) แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กล่าวถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุกรรมกับนักพัฒนาพันธุ์ที่นำเอาเชื้อพันธุกรรมจากชุมชนท้องถิ่นที่ได้มีการพัฒนา คัดสรร และรักษาพันธุ์ดังกล่าวมาเป็นเวลาหลายชั่วอายุคนก็ตาม แต่ก็เป็นการสมควรที่ไทยจะต้องพยายามผลักดันให้ มาตรการนี้เป็นช่องทางให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์กันขึ้น แทนที่จะปล่อยให้บรรษัทข้ามชาติเข้ามาหยิบฉวยเชื้อพันธุกรรมดังกล่าวไปต่อยอดเพียงเล็กน้อย แล้วนำไปจดสิทธิบัตรฟรีๆ

ข้อสังเกต

การบังคับให้ใช้ข้อตกลง AIA ที่บังคับให้ผู้ส่งออกมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ว่าจีเอ็มโอปลอดภัยนั้น จำกัดเฉพาะกรณีการนำเข้าสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่นำเข้าไปปลดปล่อยสู่สิ่งแวดล้อม และต้องทำเฉพาะการนำเข้าครั้งแรกเท่านั้น ซึ่งโดยหลักการก็นับได้ว่าสมเหตุสมผล เพราะเป็นการนำเอาสิ่งมีชีวิตที่

⁸ นับเป็นการมาตรการบังคับการติดฉลาก (Mandatory Labeling) ที่มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ซึ่งจะพิจารณาโดยละเอียดอีกครั้ง

แปลกปลอมเข้ามาสู่ระบบนิเวศ ผู้ที่ประสงค์จะนำเข้าจึงมีภาระที่จะต้องพิสูจน์ และเมื่อผ่านการพิสูจน์ว่าปลอดภัยแล้ว ก็ควรสามารถนำเข้าได้โดยไม่ต้องมีการพิสูจน์ทุกครั้ง มิเช่นนั้นก็อาจเป็นช่องทางให้ประเทศผู้นำเข้าใช้เป็นข้ออ้างในการกีดกันการค้าจนเกินไป อย่างไรก็ตามประเทศไทยผู้นำเข้าก็ยังคงมีสิทธิในการทบทวนการตัดสินใจได้เมื่อพบข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ใหม่ที่ชี้ว่ามีผลกระทบทางลบ (มาตรา 12)

ข้อตกลง AIA จะไม่บังคับใช้กับกรณีต่อไปนี้ (ก) เกษษัตริย์ (มาตรา 5) (ข) สิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่เคลื่อนย้ายผ่านแดน (in transit) (ค) ที่จะนำไปสู่การใช้ที่ได้รับการควบคุม (Contained use) ซึ่งดำเนินการตามมาตรฐานของประเทศผู้นำเข้า (มาตรา 6) และ (ง) สิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่นำไปใช้โดยตรงเพื่อเป็นอาหารมนุษย์ หรืออาหารสัตว์ หรือนำมาแปรรูป (มาตรา 7 วรรค 2) ข้อยกเว้นของการบังคับใช้ข้อตกลง AIA ในกรณีข้างต้นนั้นคงไม่เป็นปัญหานักสำหรับประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากมีกระบวนการทางด้านการทดสอบอาหารและยา การตรวจความปลอดภัยในด้านการบริโภคของยาและอาหารซ้ำอีกจึงอาจเป็นสิ่งจำเป็น⁹ นอกจากนี้ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ยังมีระบบการควบคุมสินค้าเคลื่อนย้ายผ่านแดน และมีมาตรฐานควบคุมและการบังคับใช้มาตรฐานด้านการวิจัยที่เข้มงวดอยู่แล้ว จึงไม่มีความจำเป็นอีกเช่นกัน แต่ข้อยกเว้นนี้จะกลายเป็นปัญหาทันทีสำหรับประเทศกำลังพัฒนา เพราะเป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าประเทศเหล่านี้ยังมี มาตรฐานของกฎเกณฑ์ที่อาจไม่เข้มงวดนัก หรือแม้จะมีกฎระเบียบมาตรฐานที่เทียบเท่ากับของประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่การบังคับใช้กฎหมายยังมีความหละหลวม¹⁰

การเคลื่อนย้ายข้ามเขตแดนครั้งแรกของสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่นำไปใช้โดยตรงเพื่อเป็นอาหารมนุษย์ หรืออาหารสัตว์ หรือเพื่อการผลิตนั้น อยู่ภายใต้วิธีการที่กำหนดในมาตราที่ 11 ซึ่งแม้ผู้ส่งออกจะยังมีหน้าที่ดำเนินการประเมินความเสี่ยงและรับภาระค่าใช้จ่าย (มาตรา 15) แต่ระดับความเข้มข้นของข้อมูลที่ใช้ตรวจสอบนั้นจะเบากว่ากรณี AIA พอสมควร (เปรียบเทียบข้อมูลที่ต้องแจ้งในภาคผนวกที่ II กับภาคผนวกที่ I)

ประเทศไทยน่าจะพิจารณาที่จะใช้ประโยชน์จากข้อบัญญัติในมาตราที่ 14 มาตราที่ 24 มาตราที่ 26 เพื่อเป็นข้ออ้างในการที่จะไม่ยอมรับเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอของสหรัฐอเมริกาที่มีแนวโน้มจะบีบให้ไทยต้องเปิดเสรีให้กับสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอโดยไม่มีทางป้องกันตนเองจนเกินไป โดยอ้างว่าจะทำให้มีความคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่าที่บัญญัติโดยพิธีสาร หรือขัดต่อหลักการของพิธีสาร

2.2 Codex Alimentarius Commission on Food Labelling

Codex Alimentarius Commission ก่อตั้งขึ้นในปีพ.ศ. 2505 (ค.ศ.1962) โดยความร่วมมือขององค์การภายใต้สหประชาชาติสองแห่งคือ องค์การอาหารและเกษตร (FAO) และองค์การอนามัยโลก (WHO) Codex เป็นระบบที่จัดตั้งขึ้นเพื่อส่งเสริมให้เกิดมาตรฐานสินค้าอาหารในระดับสากล เป็นการสนับสนุนการค้าระหว่างประเทศที่คำนึงถึงสุขอนามัยของผู้บริโภค มาตรฐาน Codex จึงเป็นมาตรฐานที่

⁹ อย่างไรก็ตามการประเมินอาหารและยานั้นอาจเน้นที่ความปลอดภัยในการบริโภคเป็นหลัก โดยละเลยผลที่จะมีต่อสภาพแวดล้อมและความหลากหลายทางชีวภาพและระบบนิเวศที่เกิดจากกระบวนการผลิตได้ ดุลิทธิพล (2547)

¹⁰ การเล็ดลอดของมะละกอจีเอ็มโอจากแปลงวิจัยเป็นประจักษ์พยานที่ชัดเจนว่าการบังคับใช้กฎหมายของไทยยังหย่อนยานอยู่มาก และเป็นที่ทราบกันพอสมควรว่ายานางชนิดที่ยังไม่ได้รับการรับรองในต่างประเทศกลับมีขายในประเทศไทย

ประเทศต่างๆ ใช้อ้างอิงในการกำหนดมาตรการด้านอาหารของตนภายใต้กรอบ WTO มาตรฐานดังกล่าวมิได้มีจุดประสงค์ที่จะครอบคลุมถึงความเสี่ยงภัยต่อสิ่งแวดล้อม (Environmental risks) แต่เน้นที่ความปลอดภัยของอาหารเป็นหลัก และเป็นมาตรฐานระหว่างประเทศที่ WTO ใช้อ้างอิงในประเด็นความขัดแย้งที่เกี่ยวข้องกับบทบัญญัติว่าด้วยความตกลงว่าด้วยการใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS)

แนวคิดความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญของอาหาร (Substantial equivalence Concept)

หลักการสำคัญที่ใช้ใน Codex เพื่อประเมินว่าอาหารจีเอ็มโอมีความปลอดภัยหรือไม่ ก็คือแนวคิดความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญของอาหาร¹¹ วิธีการคือ ผู้ประเมินจะตรวจสอบเปรียบเทียบคุณสมบัติต่างๆ ของอาหารทั้งสองประเภท โดยเน้นที่องค์ประกอบทางเคมีของอาหารจีเอ็มโอเปรียบเทียบกับอาหารชนิดเดียวกันที่ได้จากธรรมชาติ “ถ้าพบว่าอาหารชนิดใหม่มีความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญ (Substantial equivalent) ในด้านส่วนประกอบ และลักษณะทางโภชนาการ กับอาหารที่มีอยู่แล้ว ก็ให้ถือว่าปลอดภัยทัดเทียมอาหารที่ได้จากธรรมชาติ”¹² และไม่จำเป็นต้องแยกแยะออกจากผลิตภัณฑ์ธรรมชาติ แต่หากแตกต่างกัน ก็จำเป็นต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบที่เข้มงวดขึ้น

ในปีพ.ศ.2532 คณะกรรมการ Codex เริ่มพิจารณาเกี่ยวกับความปลอดภัยในอาหารเนื่องจากกระบวนการผลิตอาหาร และในปีพ.ศ.2534 ก็ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วยฉลากของอาหารเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology Food Labeling Committee) ที่มีหน้าที่กำหนดมาตรฐาน ประเมินความปลอดภัยของอาหาร และการติดฉลากอาหารที่มาจากเทคโนโลยีชีวภาพ¹³ นอกจากนี้ ได้มีการจัดตั้งคณะทำงาน (task force) ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากรัฐบาลประเทศต่างๆ ทำหน้าที่พิจารณา กฎเกณฑ์ มาตรฐาน และหลักการต่างๆ สำหรับอาหารที่ผลิตโดยเทคโนโลยีชีวภาพ แต่ประเทศต่างๆ มีท่าทีที่แตกต่างกันและในปีพ.ศ. 2541 (ค.ศ.1998) สหรัฐ แคนาดา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ บราซิล สนับสนุนข้อเสนอ ข้างต้น แต่สหภาพยุโรปและอินเดีย เห็นว่าควรมีบังคับให้มีฉลากสำหรับอาหารจีเอ็มโอทุกชนิด

จนถึงปัจจุบันที่ประชุมยังไม่บรรลุข้อตกลงเกี่ยวกับมาตรฐานการติดฉลากอาหารจีเอ็มโอที่เป็นที่ยอมรับระหว่างประเทศ แต่ก็ได้มีการจัดตั้งคณะทำงาน (Working group) เพื่อพิจารณาหาทางเลือกในการ จัดการเพื่อบรรลุข้อตกลงในเรื่องการติดฉลากอาหาร จีเอ็มโอ¹⁴

11 Codex Alimentarius "Guideline for the Conduct of Food Safety Assessment of Foods Derived from Recombinant-DNA Plants", CAC/GL 45-2003.

¹² ดูรายละเอียดเพิ่มเติมจาก FAO/WHO (2000), FAO/WHO (2001) และ Society of Toxicology Position Paper (2002).

¹³ อ้างถึงใน Report of the 31st session of the Codex Committee on Food Labelling, Ottawa, Canada, 28 April – 2 May 2003 ข้อ 72

¹⁴ ดู Report Of The Thirty-Third Session Of the Codex Committee On Food Labelling, Kota Kinabalu, Malaysia, 9–13 May 2005.

ข้อสังเกต

แนวคิดดังกล่าวเป็นการเทียบเคียงคุณสมบัติของอาหารที่กำลังพิจารณาว่ามีความปลอดภัยหรือไม่ เทียบกับอาหารตามธรรมชาติดั้งเดิม (conventional counterpart) ซึ่งมีประวัติด้านความปลอดภัยของการใช้ อยู่ แล้ว โดยพิจารณาทั้งผลกระทบที่เจตนาและไม่เจตนา แทนที่จะต้องระบุความเสี่ยงภัยทุก ๆ ตัวที่เป็นไปได้ แต่เน้นที่การระบุความเสี่ยงชนิดใหม่ที่แตกต่างไปจากอาหารตามธรรมชาติดั้งเดิม ซึ่งเมื่อดูผิวเผินก็ดูมีเหตุผล โดยเฉพาะช่วยให้ประหยัดต้นทุนการพิสูจน์

อย่างไรก็ดีแนวคิดความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญของอาหารดังกล่าว มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่า อาหารสองชนิดจะต้องมีความแตกต่างมากไม่เกินไปใดจึงจะถือได้ว่ายังคงเหมือนกัน ดังนั้น จึงเป็นการใช้วิจารณ์ญาณส่วนบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นที่ยอมรับกันเป็นสากล และมิได้มีการกำหนดเกี่ยวกับการสังเกตการณ์ หรือ การทดลอง ในด้านความปลอดภัยของอาหาร หรือ ความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด¹⁵ การใช้แนวคิดความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญของอาหารที่อ้างว่าเป็นวิธีการทางวิทยาศาสตร์ในการสรุปผลความเสี่ยงภัยของอาหาร จึงเป็นเพียงการเลี่ยงการตอบคำถามที่ว่าอาหารจีเอ็มโอสร้างความเสี่ยงในการบริโภคหรือไม่ ดังนั้นจึงเป็นเพียงเทคนิคทางภาษาเพื่อเลี่ยงการตอบโจทย์เท่านั้น

การแทรกยีนหนึ่งตัวลงในโครโมโซม ไม่เพียงมีผลต่อลักษณะเป้าหมายเท่านั้น แต่ยังมีผลต่อการแสดงออกของลักษณะนั้น และต่อลักษณะอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องด้วย และยังอาจกระตุ้นสารเคมีและคุณสมบัติอื่นๆ ที่มีระหว่างยีนที่แทรกเข้าไป กับยีนอื่นๆ ได้¹⁶ ตัวอย่างหนึ่งที่อาจใช้เทียบเคียงได้ก็คือ การเปรียบเทียบยีนของมนุษย์กับของลิงชิมแปนซีซึ่งพบว่ามียีนที่เหมือนกันกว่าร้อยละ 97 – 99 (ดู Holmes (2005)) ดังนั้นมนุษย์กับลิงชิมแปนซีจึงถือได้ว่ามีความเท่าเทียมกันในสาระสำคัญ แต่เราก็คงทราบดีอยู่แล้วว่าความแตกต่างเพียงน้อยนิดนี้ได้ทำให้สัตว์ทั้งสองพันธุ์ แตกต่างกันอย่างมหันต์ มนุษย์มีพฤติกรรมที่ห่างไกลจากลิงชิมแปนซีมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านการทำลายล้างสิ่งแวดล้อม

2.3 ความตกลงการค้าของ WTO ที่เกี่ยวข้องกับจีเอ็มโอ

ความตกลงการค้าของ WTO ที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศของสินค้าจีเอ็มโอ นั้นมีด้วยกันสองความตกลงคือ ความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS) และความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Technical Barriers to Trade Agreement: TBT)

ความตกลง SPS มีจุดประสงค์เพื่อสร้างความมั่นใจว่าการนำเข้าสินค้าอาหารและสินค้าเกษตรนั้นมีความปลอดภัยต่อสุขภาพของคนและสัตว์ ดังนั้นประเทศสมาชิกของ WTO ซึ่งเป็นผู้นำเข้าจึงมีสิทธิที่จะใช้มาตรการทางการค้าบางอย่างเพื่อปกป้องตนเองจากความเสี่ยงดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกัน WTO ก็ไม่ต้องการให้ประเทศสมาชิกใช้เหตุผลนี้มาเป็นข้ออ้างในการกีดกันทางการค้าโดยไร้เหตุผลด้วยเช่นกัน

¹⁵ Clark, E. Ann; and Hugh Lehman; "Assessment of GM Crops in commercial Agriculture," Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Volume 14, pp. 3-28, 2001.

¹⁶ ดูสุรวิษ และคณะ (2548) บทที่ 1.

ความตกลงนี้ยังอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการปกป้องตนเองตาม ลักษณะป้องกันไว้ก่อน (Precautionary Principle) สำหรับกรณีที่มีข้อมูลวิทยาศาสตร์ยังไม่แน่นอน (มาตรา 5.7 ของ SPS) เช่นในกรณีการนำเข้าถูกสงสัยว่าเป็นสาเหตุของการระบาดของโรค การห้ามการนำเข้าจึง จำเป็นต้องกระทำ ทันที ในระหว่างที่กำลังรอการรวบรวมข้อมูลและค้นหาสาเหตุของโรค การรอให้ข้อมูล ครบถ้วนก่อนย่อมเป็นอันตรายได้¹⁷

ส่วนความตกลง TBT เป็นความตกลงที่ครอบคลุมการกีดกันทางการค้าด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับ คุณสมบัติของผลิตภัณฑ์ วิธีการผลิต บรรจุภัณฑ์ และ ฉลาก ทั้งที่เป็นสินค้าเกษตรและอุตสาหกรรมซึ่ง อาจกลายเป็นการกีดกันทางการค้าได้ ประเทศสมาชิก WTO สามารถใช้มาตรการทางเทคนิคที่เป็น อุปสรรค ต่อการค้าได้ในกรณีหากเป็นไปได้เพื่อความมั่นคงของประเทศ เพื่อปกป้องสุขภาพและชีวิตมนุษย์ พืช สัตว์ อนุรักษ์สิ่งแวดล้อม โดยจะต้องไม่เลือกปฏิบัติ ไม่ใช่เกินความจำเป็น และอยู่บนพื้นฐานทาง วิทยาศาสตร์

เนื่องจากสิ่งมีชีวิตและอาหารจีเอ็มโอนั้นอาจเป็นสาเหตุของความเสี่ยงต่อสุขภาพของคนและ สัตว์ได้ และขณะเดียวกันก็อาจจะต้องผ่านมาตรฐานสินค้าหรือมีการติดฉลาก ดังนั้นการเคลื่อนย้าย สิ่งมีชีวิต จีเอ็มโอจึงสามารถกลายเป็นข้อขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศได้

ตัวอย่างข้อขัดแย้งทางการค้าเกี่ยวกับจีเอ็มโอได้แก่ กรณีที่ประเทศอียิปต์เคยห้ามการนำเข้า ปลาทูน่ากระป๋องในน้ำมันพืชของไทย เนื่องจากน้ำมันพืชดังกล่าวทำมาจากถั่วเหลืองจีเอ็มโอที่ไทย นำเข้า ซึ่งในที่สุดก็ได้รับอนุญาตให้นำเข้าได้ เนื่องจากน้ำมันพืชนั้นไม่มีส่วนประกอบของยีนให้ ตรวจสอบได้ เป็นต้น

ข้อเปรียบเทียบระหว่าง SPS และ พิธีสารคาตาเฮนา

ตามความเห็นของ Chaturvedi (2004) ความตกลงใน WTO และข้อบัญญัติในพิธีสารคาตาเฮนา จึงมีความขัดแย้งกันโดยพื้นฐาน ความขัดแย้งดังกล่าวมีอย่างน้อย 3 ประการ คือ

ประการแรก ข้อบัญญัติของ SPS บังคับให้การใช้มาตรการต่างๆ จะต้องขึ้นอยู่กับพื้นฐานของ เหตุผลและข้อมูลที่พิสูจน์ได้ โดยใช้วิธีการทางวิทยาศาสตร์ตัดสินว่าสินค้านั้นๆ มีความเสี่ยงภัยต่อ สุขอนามัยจริงหรือไม่ เพื่อป้องกันการอ้างเรื่องสุขอนามัยในการกีดกันทางการค้า ในขณะที่พิธีสารคาตา เฮนานั้นกลับเน้นที่การป้องกันสุขอนามัยและสิ่งแวดล้อมโดยขึ้นอยู่กับหลักการการป้องกันไว้ก่อนโดยที่ ไม่ จำเป็นต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยืนยันก็ได้

ประการที่สอง ความตกลง SPS ถูกสร้างขึ้นให้กำกับดูแลประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสุขอนามัยของ มนุษย์ทั้งหมด โดยประเด็นจีเอ็มโอเป็นเพียงประเด็นหนึ่งเท่านั้น ในขณะที่พิธีสารคาตาเฮนาถูกสร้าง ขึ้นมาเพื่อกำกับจีเอ็มโอโดยเฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพและสุขอนามัย โดยทั่วไป

¹⁷ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก WTO หรือข้อมูลออนไลน์ที่

http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/sps_agreement_cbt_e/c8s2p1_e.htm

ประการที่สาม ความตกลง SPS สนับสนุนให้แต่ละประเทศสมาชิกอาจอ้างถึงระดับความเสี่ยงที่รับได้ (acceptable level of risk) จากมาตรฐานด้านสุขอนามัยที่เป็นมาตรฐานสากลซึ่งรับรองโดยสถาบันระหว่างประเทศ เช่น Codex ในขณะที่พิธีสารคาตาเฮนาอ้างถึงวิธีการเฉพาะที่เป็นมาตรฐานของแต่ละประเทศ

นอกจากนี้หลักการของ WTO ยังไม่ยอมรับข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบของจีเอ็มโอต่อเศรษฐกิจและสังคม เช่น พืชจีเอ็มโออาจไปทำลายระบบเกษตรกรรมดั้งเดิมหรือวัฒนธรรมท้องถิ่น ซึ่งเป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับกันในพิธีสารความปลอดภัยทางชีวภาพ (นเรศ 2544 หน้า 19)

จากความแตกต่างในระดับพื้นฐานดังกล่าว ข้อขัดแย้งทางการค้าระหว่างประเทศของสินค้าจีเอ็มโอจึงต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นผู้ส่งออกสินค้าจีเอ็มโอรายใหญ่และมีได้ให้สัตยาบันต่อพิธีสารคาตาเฮนา ซึ่งสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปกำลังอยู่ในระหว่างการฟ้องร้องกันใน WTO จากการที่สหภาพยุโรปประกาศพักการนำเข้า (moratorium) สินค้าจีเอ็มโอชั่วคราว โดยสหภาพยุโรปอ้างหลักการป้องกันไว้ก่อนตามแนวคิดของพิธีสารคาตาเฮนา ในขณะที่สหรัฐอเมริกายึดแนวคิดตามความตกลง SPS¹⁸

มาตรการที่อาจนำมาใช้กีดกัน GMOs

1) การกีดกันสินค้า GMOs เพื่อการบริโภค

- 1.1) การห้ามการนำเข้าอาหารที่มีหรือผลิตจาก GMOs
- 1.2) การรับรองว่าสินค้าไม่มีหรือมี GMOs ผสมอยู่เท่าใด

(ก) การติดฉลาก

แบ่งตามความสมัครใจ

แบบบังคับ (Mandatory Labeling)

แบบสมัครใจ (Voluntary Labeling)

แบ่งตามส่วนประกอบว่ามีหรือไม่มี GMOs

ติดฉลากแสดงว่ามี GMOs (Positive labeling)

ติดฉลากแสดงว่าไม่มี GMOs (Negative labeling)

2) การคัดแยกสินค้าตั้งแต่ต้นทาง (Identity Preservation)

3) การกีดกัน GMOs เพื่อการผลิต (ปลูก/เลี้ยง)

- 3.1) การจำกัดหรือห้ามการทดลอง และวิจัย GMOs
- 3.2) การจำกัดหรือห้ามการนำเข้าเพื่อปลูกหรือเลี้ยง GMOs

18 ดูรายละเอียดประเด็นความขัดแย้งดังกล่าวเพิ่มเติมได้จาก Suppan (2005) และผลการตัดสินเบื้องต้นจากเอกสารของ WTO WT/DS291/Interim, pp. 1029-1050

3. นโยบายและมาตรการเกี่ยวกับการค้าสินค้าจีเอ็มโอ ในต่างประเทศและของไทย¹⁹

นโยบายเกี่ยวกับจีเอ็มโอของประเทศต่าง ๆ มีลักษณะที่แตกต่างกันไปเนื่องจากแนวคิดพื้นฐานที่ต่างกัน โดยเฉพาะความเชื่อหรือพฤติกรรมผู้บริโภค และการมีส่วนร่วมและอำนาจต่อรองของผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในระบบ

ในสหรัฐอเมริกา ผู้บริโภคมีแนวโน้มที่จะเชื่อถือและไว้วางใจฝ่ายกำกับดูแลของรัฐ ซึ่งผู้ออกกฎระเบียบ คือ Food and Drug Administration (สำนักงานอาหารและยา) และ Environmental Protection Agency (สำนักงานพิทักษ์สิ่งแวดล้อม) ซึ่งดูแลและอนุมัติการพาณิชย์ของสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพ²⁰ นอกจากนี้บริษัทในอุตสาหกรรมเกษตร เช่น มอนซานโต ก็เป็นผู้ผลิตสินค้าจีเอ็มโอรายใหญ่ของโลกซึ่งมีอำนาจต่อรองในทางการเมืองอย่างสูง เกษตรกรเองก็ได้รับประโยชน์จากพืชจีเอ็มโอที่ช่วยให้ต้นทุนการผลิตของตนลดลง รัฐบาลของสหรัฐอเมริกาจึงมีนโยบายที่สนับสนุนเทคโนโลยีชีวภาพและจีเอ็มโอ

ในทางตรงข้ามการระบาดของโรควัวบ้าที่เกิดจากความผิดพลาดของนักวิทยาศาสตร์ที่ไปนำเอาเศษกระดูกและสมองของแกะมาบดแล้วทำเป็นอาหารเสริมให้กับวัว ทำให้เกิดการแพร่เชื้อที่อยู่ในสมองของแกะซึ่งโดยธรรมชาติไม่มีทางที่จะแพร่ไปสู่วัวได้ กลายเป็นปัญหารุนแรงอย่างคาดไม่ถึง เหตุการณ์ดังกล่าวทำให้ผู้บริโภคในยุโรปมีความระแวงนักวิทยาศาสตร์และฝ่ายกำกับดูแลของรัฐ ความระแวงดังกล่าวผลักดันให้ผู้บริโภคมีความกังวลเกี่ยวกับผลกระทบของจีเอ็มโอต่อความปลอดภัยด้านอาหารและสิ่งแวดล้อม และเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้สหภาพยุโรปดำเนินนโยบายที่เข้มงวดเกี่ยวกับสินค้าจีเอ็มโอ นอกจากนี้เกษตรกรของสหภาพยุโรปเองก็ได้มีการทำเกษตรอินทรีย์อย่างกว้างขวาง และกังวลว่าพืชจีเอ็มโอจะเข้ามาปะปนกับผลิตผลของตน

3.1 สหภาพยุโรป

ในระยะเริ่มต้นนั้นสหภาพยุโรปยอมรับพืชจีเอ็มโอ แต่เนื่องจากความเกรงกลัวผลของจีเอ็มโอต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ประเทศยุโรปหลายประเทศจึงได้เรียกร้องให้สหภาพยุโรปห้ามการนำเข้าสินค้าจีเอ็มโอในปีพ.ศ. 2540 ต่อมาในปีพ.ศ. 2541 (ค.ศ.1998) สหภาพยุโรปได้ออกกฎระเบียบที่ EC1139/98 ให้ติดฉลากสินค้าอาหารซึ่งประกอบด้วยวัตถุดิบที่เป็นจีเอ็มโอที่สามารถตรวจสอบยืนยันได้ เช่น ผลิตภัณฑ์อาหารจากถั่วเหลือง (เต้าเจี้ยว ซีอิ๊ว) และอาหารอื่น ๆ ที่มีส่วนประกอบจากพืชจีเอ็มโอ เป็นต้น (นเรศ 2543 หน้า 8) อย่างไรก็ตาม ในขณะนั้นสหภาพยุโรปไม่ได้มีการกำหนดปริมาณจีเอ็มโอขั้นต่ำที่ต้องแสดงฉลาก และยัง ไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่าเกณฑ์ที่ระบุว่ามีจีเอ็มโอ 1% นั้น หมายถึง 1% ของผลิตภัณฑ์ทั้งหมดหรือของส่วนผสมแต่ละชนิดกันแน่²¹

¹⁹ สรุปและปรับข้อมูลเพิ่มเติมจาก บัทมาวดีและชยันต์ (2547)

²⁰ US. Opposes European plan for labeling genetically altered food July 2, 2003

²¹ ประธาน ประเสริฐวิทยาการ “นโยบายจีเอ็มโอนานาชาติ (จีเอ็มโอ Policy Summary)” 2542

<http://www.fda.moph.go.th/fda-net>

นอกจากนี้สหภาพยุโรปยังประกาศพักการนำเข้า (moratorium) สินค้าจีเอ็มโอ ส่งผลให้ผู้ที่ต้องการส่งออกสินค้าไปสหภาพยุโรปจะต้องให้การรับรองว่าสินค้าของตนปลอดจากจีเอ็มโอ โดยต้องผ่านขั้นตอนการตรวจสอบตามวิธีการที่ผู้นำเข้าในสหภาพยุโรปกำหนดและผู้ส่งออกต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการ ตรวจสอบว่าสินค้าปลอดจีเอ็มโอ

การพักการนำเข้าสินค้าจีเอ็มโอของสหภาพยุโรปสร้างความไม่พอใจให้กับสหรัฐอเมริกาอย่างมาก และทำให้ประเทศผู้ส่งออกสินค้าจีเอ็มโอหรือมีจีเอ็มโอเป็นส่วนประกอบต้องสูญเสียตลาด ทำให้ในเดือนพฤษภาคม ปีพ.ศ. 2546 สหรัฐอเมริกา แคนาดา อาร์เจนตินา ยื่นหนังสือฟ้องต่อ WTO ว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการสร้างอุปสรรคทางการค้าที่ขัดกับความตกลง SPS

ในเดือนกรกฎาคมปีเดียวกันสหภาพยุโรปจึงยกเลิกการพักการนำเข้าที่ใช้มาร่วม 5 ปี แล้วประกาศใช้กฎหมายการติดฉลากแทน ภายใต้กฎหมายดังกล่าว อาหารทุกชนิดที่มีส่วนประกอบที่มีจีเอ็มโอมากกว่า 0.9% จะต้องติดฉลากว่า “ผลิตภัณฑ์นี้ผลิตมาจากจีเอ็มโอ” (This product is produced from genetically modified organisms) และยังคงบังคับให้ผลิตภัณฑ์อาหารสัตว์ (ที่ก่อนหน้านี้ไม่ต้องติดฉลาก) ต้องติดฉลากด้วย

ต่อมาเดือนเมษายน พ.ศ. 2547 สหภาพยุโรปก็ประกาศใช้มาตรการแสดงฉลากและการสืบย้อนกลับถึงแหล่งกำเนิดได้ (traceable)²² นอกจากนี้ยังมีการคาดหมายกันว่าสหภาพยุโรปจะออกกฎระเบียบให้เข้มงวดขึ้นอีกโดยลดระดับการมี จีเอ็มโอ ที่ยอมรับได้ลงมาไม่เกิน 0.5% ซึ่งกฎระเบียบใหม่นี้ยังคงทำให้สหรัฐอเมริกาไม่พอใจ เนื่องจากเห็นว่าทำให้มีต้นทุนการนำเข้าสูงและไม่ใช่ว่าจำเป็นเพราะอาหารจีเอ็มโอไม่มีความเสี่ยงต่อสุขภาพ²³

อย่างไรก็ตาม ประเทศสหภาพยุโรปบางประเทศยังคงต่อต้านและไม่ยอมรับพืชจีเอ็มโอ การอนุมัติจึงต้องพิจารณาเป็นกรณีๆไปโดยต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการสหภาพยุโรป (the European Commission)

3.2 ญี่ปุ่น

เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นนำเข้าเมล็ดพืชจากสหรัฐอเมริกามากที่สุด อาหารจากวัตถุดิบจีเอ็มโอจึงเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงได้ยาก ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2542 (1999) กระทรวงเกษตร ป่าไม้ และการประมงจึงออกกฎหมายกำหนดให้มีการติดฉลากอาหารจีเอ็มโอ 28 ชนิด โดยจะมีผลบังคับใช้กฎหมายในเดือนเมษายน พ.ศ. 2544

ภายใต้กฎหมายการติดฉลากนี้ ผู้ผลิตอาหารต้องแสดงฉลากอาหารจีเอ็มโอ ที่วางขายในร้านขายปลีก ยกเว้นวัตถุดิบที่ขายให้กับโรงงานผลิตอาหาร อาหารที่ต้องติดฉลากแบ่งออกเป็น 3 ชนิดคือ

²² Europa Press Release, “European legislative framework for GMOs is now in place”, IP/03/1056 Date: 22/07/2003.

Online at

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/03/1056&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>.

²³ US. Opposes European plan for labeling genetically altered food July 2, 2003

อาหารเสริมที่ผลิตจากจีเอ็มโอ อาหารจีเอ็มโอที่มีปริมาณสารอาหารเพิ่มขึ้น และอาหารที่ไม่ทราบ ส่วนผสมจากจีเอ็มโอ ต้องแสดงฉลากว่า อาจมี จีเอ็มโอ²⁴

อย่างไรก็ดี กระทรวงสุขภาพและสวัสดิการสังคมของญี่ปุ่นได้แสดงความคิดเห็นว่า ยังไม่มีผล การศึกษาทางวิทยาศาสตร์เพียงพอที่จะระบุว่าอาหารจีเอ็มโอ ไม่มีความปลอดภัย การติดฉลากจึงเป็น เพียงการให้ข้อมูลเพื่อการตัดสินใจของผู้บริโภคเท่านั้น

3.3 นโยบายและมาตรการด้าน จีเอ็มโอ ของประเทศไทย

นโยบายและมาตรการด้าน จีเอ็มโอ ของประเทศไทยประกอบด้วย 3 ประเด็นคือ ด้านความ ปลอดภัยทางชีวภาพ ความปลอดภัยด้านอาหาร และด้านการค้าระหว่างประเทศ โดยสองประเด็นแรกจะ เกี่ยวข้องกับภายในประเทศ ประเด็นสุดท้ายเป็นเรื่องของระหว่างประเทศ โดยมีนโยบายการติดฉลากจะ เป็นประเด็นย่อยในเรื่องความปลอดภัยด้านอาหาร

ในช่วงปีพ.ศ. 2536- พ.ศ.2541 ประเด็นความปลอดภัยทางชีวภาพเป็นเรื่องหลักที่ไทยพิจารณา ภายใต้การดูแลของกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ แต่หลังจากสหภาพยุโรปเข้มงวดกับสินค้าจีเอ็มโอ ในปี พ.ศ. 2540 - พ.ศ. 2541 นโยบายและมาตรการของไทยตั้งแต่ปีพ.ศ. 2542 เป็นต้นมาจึงหันมาเน้นที่ ประเด็นการส่งออกและความปลอดภัยในสินค้าอาหาร อย่างไรก็ตาม ลักษณะการกำหนดนโยบายจะ ก่อนข้างเป็นองค์รวมครอบคลุมทั้ง 3 ประเด็น เนื่องจากทั้งการผลิตและการค้าสินค้าจีเอ็มโอ อยู่ภายใต้ ร่มใหญ่ร่วมกันคือ คณะอนุกรรมการนโยบายสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพที่ถูกตั้งขึ้นในปี 2542 โดยมี คณะทำงานชุดสำคัญคือคณะทำงานกำหนดมาตรการด้านการผลิตและการค้าสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพ

อาจกล่าวได้ว่า การกำหนดนโยบายของไทยเป็นผลจากปัจจัยภายนอกประเทศ (ตลาดส่งออก) มากกว่าปัจจัยภายใน (ผู้บริโภค) แม้ว่าในระยะหลัง (ตั้งแต่ปีพ.ศ.2544 เป็นต้นมา) บทบาทของ NGOs เช่น สมัชชาคนจน กรีนพีซ (ประเทศไทย) ที่รณรงค์เรื่องผลต่อเกษตรกรที่จะต้องพึ่งพิงเมล็ดพันธุ์ของ บริษัทข้ามชาติ ความปลอดภัยทางชีวภาพ (ผลต่อสิ่งแวดล้อม) และความปลอดภัยด้านอาหาร (ผลต่อ สุขภาพอนามัยผู้บริโภคและสิทธิผู้บริโภค) จะทำให้ประเด็นเรื่องผลประโยชน์ต่อเกษตรกรและต่อ ผู้บริโภคในประเทศได้กลายเป็นประเด็นที่รัฐให้ความสำคัญมากขึ้น

ความปลอดภัยทางชีวภาพ

ผลกระทบของจีเอ็มโอต่อความปลอดภัยทางชีวภาพมาจาก 2 ทาง คือ (1) ด้วยการผลิต จีเอ็มโอ ในประเทศเองจากการทดลองและการขยายพันธุ์ และ (2) ด้วยการนำเข้าจีเอ็มโอ มาจากต่างประเทศใน รูปของเมล็ดพันธุ์ (seed) และเมล็ดเพื่อใช้ในการผลิตหรือบริโภค (grain)

ประเทศไทยโดยกรมวิชาการเกษตรตั้งคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพด้านการเกษตร ใน เดือนธันวาคมพ.ศ. 2536 หลังจากที่ได้รับหนังสือสอบถามวิธีการนำเข้าเมล็ดพันธุ์จีเอ็มโอ จากบริษัท

²⁴ ประธาน ประเสริฐวิทยาการ “นโยบายจีเอ็มโอนานาชาติ (จีเอ็มโอ Policy Summary)” 2542

<http://www.fda.moph.go.th/fda-net>

Asgrow Seed Thailand Co.Ltd. คณะกรรมการชุดดังกล่าวมีหน้าที่กำหนดมาตรการและแนวทางปฏิบัติ เพื่อความปลอดภัยทางชีวภาพในการนำเข้าพืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรม²⁵

10 พฤษภาคม พ.ศ.2537 กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ออกประกาศกำหนดให้พืช GM 40 ชนิด เป็นสิ่งห้ามนำเข้าเว้นแต่ได้รับอนุญาตเพื่อการวิจัย²⁶ และต่อมากรมวิชาการเกษตรได้กำหนดขั้นตอนการขออนุญาตและตั้งคณะกรรมการตรวจสอบความปลอดภัยทางชีวภาพภาคสนามของพืชต่างๆ เพื่อทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบต่อแผนการทดลอง วิเคราะห์ความเสี่ยงอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมที่อาจเกิดจากการทดลอง ซึ่ง ปรากฏว่ามีหน่วยงานราชการและบริษัทเอกชนหลายรายขออนุญาตนำเข้าพืช GM เพื่อการทดลอง ส่วนใหญ่เป็นบริษัทข้ามชาติ²⁷

ความปลอดภัยด้านอาหารและการค้าระหว่างประเทศ

เนื่องจากประเทศไทยยังไม่สามารถปลูกวัตถุดิบการเกษตรหลายชนิดได้เพียงพอ จึงมีการนำเข้าข้าวโพดและถั่วเหลืองจำนวนมากเพื่อการแปรรูปอาหารและส่งออก โดยแหล่งนำเข้าใหญ่คือสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นแหล่งปลูกพืชจีเอ็มโอที่ใหญ่ที่สุด ดังนั้นประเทศไทยจึงอนุญาตให้มีการนำเข้าวัตถุดิบเหล่านี้เข้ามาได้เพื่อชดเชยความขาดแคลนวัตถุดิบ แต่ในขณะเดียวกันไทยก็ผลิตและแปรรูปสินค้าหลายชนิดส่งออก โดยเฉพาะไปยังตลาดสหภาพยุโรปที่มีความเข้มงวดเกี่ยวกับสินค้าจีเอ็มโอ ดังนั้นประเทศไทยจึงไม่ยอมให้มีการปลูกพืชจีเอ็มโอในเชิงพาณิชย์เพราะเกรงว่าจะปะปนกันและกระทบต่อตลาดส่งออกในที่สุด

ดังนั้นในวันที่ 4 สิงหาคม พ.ศ. 2542 คณะอนุกรรมการนโยบายสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพ ภายใต้คณะกรรมการนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (กนศ.) ได้มีมติแต่งตั้งคณะกรรมการทางด้านการผลิตและการค้าสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวส่งให้แก่คณะอนุกรรมการเพื่อเสนอต่อ กนศ.ต่อไป

ต่อมาในวันที่ 18 ตุลาคม พ.ศ. 2542 กนศ. ได้พิจารณาข้อเสนอของคณะอนุกรรมการนโยบายสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพกำหนดให้สามารถนำเข้าข้าวโพดและถั่วเหลือง GM ที่นำเข้าเพื่อเป็นวัตถุดิบในการแปรรูป หรืออาหารสัตว์ได้ นอกจากนี้มติในที่ประชุมวันดังกล่าว ถือว่าเป็นนโยบายสำคัญเกี่ยวกับจีเอ็มโอ ของไทยดังนี้

²⁵ คำสั่งกรมวิชาการเกษตรที่ 4737/2536 ลว. 15 ธันวาคม 2536

²⁶ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดพืช ศัตรูพืช หรือพาหะจากแหล่งที่กำหนดเป็นสิ่งต้องห้าม ข้อยกเว้น และเงื่อนไขตามพระราชบัญญัติกักพืช พ.ศ. 2507 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 พืชที่ได้รับการตัดต่อสารพันธุกรรมที่ห้ามนำเข้าได้แก่ ข้าว ข้าวโพด ฝ้าย

²⁷ หน่วยงานราชการและบริษัทที่ขอนำเข้าพืช GM เพื่อการทดลองในช่วงปี 2538-2542 ได้แก่ บริษัทอัสโกร (มะเขือเทศ) บริษัทมอนซานโต้ (ไทยแลนด์) จำกัด (ฝ้าย ข้าวโพด) บริษัทโนวาร์ตีส(ประเทศไทย)จำกัด (ข้าวโพด) บริษัทคาร์กิลจำกัด (ข้าวโพด) บริษัทไฟโอเนียร์ โอเวอร์ซีส์ คอร์ปอเรชั่น(ไทยแลนด์)จำกัด (ข้าวโพด) กองโรคพืชและจุลชีววิทยา (พืชตระกูลแตง) สถาบันวิจัยพืชสวน (มะละกอ) สถาบันวิจัยข้าว (ข้าว) (จาก กรมวิชาการเกษตร "การดำเนินการเกี่ยวกับพืชตัดต่อสารพันธุกรรม", เอกสารประกอบการสัมมนาโต๊ะกลม เรื่องทิศทางการนโยบายสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพและ จีเอ็มโอ ของไทย 4 พฤศจิกายน 2542)

1. ด้านการผลิต

ประเทศไทยจะยังไม่นำเข้าพันธุ์พืช จีเอ็มโอ มาเพาะปลูกในเชิงพาณิชย์จนกว่าจะมีการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์รับรองความปลอดภัยทางชีวภาพและความปลอดภัยด้านอาหาร และยินยอมให้นำเข้าเมล็ดพันธุ์ (Seed) เฉพาะเพื่อการวิจัยเท่านั้น โดยให้กรมวิชาการเกษตรดูแลการรั่วไหลของเมล็ดพันธุ์จีเอ็มโอไปสู่แปลงเพาะปลูก

2. การส่งออก

การจะให้ออกใบรับรอง (certificate) หรือติดฉลาก (labeling) ให้ดำเนินการตามความตกลงโดยสมัครใจระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ให้ศูนย์พันธุ์วิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติเป็นผู้ตรวจสอบวิเคราะห์ผล โดยมีหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่อยู่แล้ว (ได้แก่ กรมวิชาการเกษตร กรมประมง กรมปศุสัตว์) เป็นผู้ออกใบรับรองหากประเทศปลายทางต้องการ

3. การนำเข้า

การนำเข้าเมล็ดพันธุ์ (Seed) ที่ได้รับการติดต่อพันธุ์กรรมให้อยู่ในการควบคุม กำกับ ดูแลด้านความปลอดภัยทางชีวภาพ ภายใต้ พรบ.กักพืช พ.ศ. 2507 เพื่อการทดลองวิจัยเท่านั้น

การนำเข้าเมล็ดพืช (grains) ที่ได้รับการติดต่อพันธุ์กรรมให้นำเข้าได้เฉพาะข้าวโพดและถั่วเหลืองที่ใช้เป็นวัตถุดิบอาหารสัตว์หรืออุตสาหกรรมอาหาร ประเด็นสำคัญคือ

- เนื่องจากยังไม่มีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ยืนยันว่ามีความเสียหายจากสินค้าที่ผลิตหรือใช้จีเอ็มโอ ดังนั้นจึงยังไม่มีข้อกำหนดการกำกับดูแลการนำเข้าสินค้าที่มีจีเอ็มโอเป็นพิเศษ
- ให้กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งดูแลการส่งออกนำเข้าสินค้า ใช้อำนาจกำกับการนำเข้าสินค้าที่ผลิตหรือใช้ จีเอ็มโอ ในกรณี que เห็นว่ามีผลกระทบต่อผู้บริโภค
- ให้ศูนย์พันธุ์วิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพแห่งชาติควบคุมดูแลตรวจสอบว่าสินค้านำเข้าได้เป็นสินค้าตัดแต่งพันธุ์กรรม ซึ่งจะต้องมีการลงทุนพัฒนาด้านบุคลากรและอุปกรณ์เครื่องมือตรวจสอบต่อไปในอนาคต
- ให้สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา กระทรวงสาธารณสุข เป็นผู้ติดตามข้อมูลข่าวสารการวิเคราะห์ทางวิทยาศาสตร์ทั้งจากต่างประเทศและในประเทศ เพื่อดูแลว่าสินค้า จีเอ็มโอ ใดจะมี ผลกระทบต่อความปลอดภัยของผู้บริโภค

จะเห็นได้ว่า กนศ. มีมาตรการเข้มงวดในเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพ แต่ไม่เข้มงวดในเรื่องความปลอดภัยด้านอาหารในการกำหนดนโยบายดังกล่าวในที่ประชุม กนศ. ได้อ้างอิง Codex ซึ่งยังไม่มี

ความชัดเจนว่า ผลของจีเอ็มโอต่อความปลอดภัยด้านอาหารจะเป็นเช่นไร²⁸ แนวทางของ กนศ.จึงมิใช่ precautionary approach อย่างในสหภาพยุโรป และเห็นว่าไม่จำเป็นต้องใช้มาตรการปฏิบัติเป็นพิเศษต่อ สินค้านำเข้าจีเอ็มโอ ซึ่งเป็นแนวคิดเดียวกับนโยบายของสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ทั้งนี้ น่าจะเป็น เพราะ กนศ.ประเมินว่าผลประโยชน์จากการนำเข้าเมล็ดพันธุ์ข้าวโพดและถั่วเหลืองจีเอ็มโอ มีมาก โดยที่ สินค้าจีเอ็มโอมีความเสี่ยงต่ำต่อความปลอดภัยด้านอาหารต่ำ

อย่างไรก็ตาม กนศ.ต้องปรับเปลี่ยนนโยบายอีกครั้ง เมื่อประเทศคู่ค้าคือ สหภาพยุโรปและญี่ปุ่น มีความเข้มงวดในเรื่องการติดฉลากมากขึ้น ในเดือนเมษายนพ.ศ.2544 มาตรการแสดงฉลากอาหารจีเอ็มโอ ของญี่ปุ่นมีผลบังคับใช้ ในขณะที่เดียวกันสหภาพยุโรปเริ่มทบทวนกฎระเบียบใหม่เกี่ยวกับจีเอ็มโอ ผู้ส่งออกไทยประสบปัญหาประเทศปลายทางไม่ให้นำเข้าสินค้าที่อาจมีจีเอ็มโอ และ NGOs รณรงค์ต่อต้าน สินค้า จีเอ็มโอ โดยในเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2545 ได้มีประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่องการแสดง ฉลากอาหารที่ได้จากเทคนิคการดัดแปรพันธุกรรม ซึ่งจะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 11 พฤษภาคม พ.ศ. 2546

การเจรจาการค้าทวิภาคีระหว่างไทยและสหรัฐอเมริกาในปีพ.ศ. 2547 เป็นจุดเปลี่ยนที่ทำให้เริ่ม มีการพูดถึงการทบทวนนโยบายห้ามปลูกพืชจีเอ็มโอ²⁹ แต่ผู้เจรจาพิเศษด้านเทคโนโลยีชีวภาพ กระทรวง ต่างประเทศ สหรัฐอเมริกา ได้เปิดแถลงข่าวในโอกาสเยือนประเทศไทยเพื่อเจรจาเอฟทีเอว่า สหรัฐจะไม่นำเอาพืชตัดแต่งพันธุกรรมเข้ามาเจรจาในการทำข้อตกลงการค้าเอฟทีเอกับรัฐบาลไทย³⁰ อย่างไรก็ตามบัดนี้ สาธารณชนก็ยังไม่เห็นโอกาสให้เห็นในความตกลงที่แท้จริงจึงยังไม่สามารถ สรุปได้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางนโยบายด้านการค้าหรือไม่

อย่างไรก็ดีจากปัญหาการรั่วไหลของมะละกอจีเอ็มโอต้นไวรัสจากแปลงทดลองของกระทรวง เกษตร ได้ทำให้เกิดการต่อต้านจากสาธารณชนและ NGOs อย่างมาก ขณะนี้รัฐบาลจึงมีนโยบายให้ยุติ การวิจัยในระดับไร่นาทั้งหมด

4. การวิเคราะห์ผลกระทบของกติกาด้านสิ่งแวดล้อมและการค้าระหว่างประเทศ

ประเทศไทยนั้นมีสถานะเป็นทั้งโจทก์และจำเลยในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสินค้าจีเอ็มโอ ในด้าน แรกประเทศไทยจำเป็นจะต้องนำเข้าพืชจีเอ็มโอจำนวนมาก เช่น ถั่วเหลือง ข้าวโพด เพื่อใช้ในการ บริโภค และอาหารแปรรูป เนื่องจากการผลิตภายในประเทศนั้นไม่พอเพียง ประเทศไทยมิได้อนุญาตให้ สามารถ นำเอาเมล็ดพืชเหล่านี้ไปเพาะปลูกต่ออีก แต่ใช้เพื่อการบริโภคและแปรรูปเท่านั้น นอกจากนี้ ไทยยังมีนโยบายบังคับให้อาหารจีเอ็มโอบางส่วนต้องติดฉลากด้วย ซึ่งก็อาจมีผลลบต่อยอดขายของ สินค้าเหล่านี้บ้าง มาตรการการห้ามเพาะปลูกและการติดฉลากนี้ จึงอาจถือได้ว่าเป็นอุปสรรคต่อการค้า

²⁸ กรมวิชาการเกษตร “การดำเนินการเกี่ยวกับพืชตัดต่อสารพันธุกรรม” เอกสารประกอบการสัมมนาโต๊ะกลม เรื่องทิศทาง นโยบายสินค้าเทคโนโลยีชีวภาพและ จีเอ็มโอ ของไทย 4 พฤศจิกายน 2542

²⁹ “ไทยตีกรอบเจรจาเอฟทีเอสหรัฐ” กรุงเทพธุรกิจ 27 พฤษภาคม 2547

³⁰ “สหรัฐถอน “พืชจีเอ็มโอ” ถกเอฟทีเอไทย” กรุงเทพธุรกิจ 27 พฤษภาคม 2547

อย่างหนึ่ง ซึ่งทำให้ไทยอาจตกเป็นจำเลยของประเทศที่ส่งออกพืชจีเอ็มโอ หรือเป็นแหล่งเมล็ดพันธุ์จีเอ็มโอ ที่ต้องการเข้ามา เพาะปลูกและทำการผลิตอาหารแปรรูปในประเทศไทยได้

แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็เป็นผู้ส่งออกพืชและอาหารแปรรูป ที่ต้องใช้วัตถุดิบที่เป็นจีเอ็มโอด้วยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งทำให้พืชและอาหารแปรรูปที่ผลิตขึ้น อาจถูกมาตรการของประเทศผู้นำเข้า กีดกันได้ ซึ่งในส่วนนี้ประเทศไทยก็จะกลายเป็นโจทก์

ปัญหาใหญ่ก็คือประเทศไทยเป็นทั้งสมาชิกของ WTO และได้ลงสัตยาบันพิธีสารคาตาเฮนาด้วย ส่งผลให้ประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันที่กำหนดไว้ในทั้งที่ปรากฏอยู่ในความตกลง SPS/TBT ของ WTO และที่ปรากฏอยู่ในพิธีสารคาตาเฮนา อย่างไรก็ตามปัญหาใหญ่ก็คือหลักการสำคัญของ WTO นั้นเน้นที่ใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อพิสูจน์ก่อนว่าสินค้าที่จะห้ามนำเข้าหรือนำเข้าอย่างมีเงื่อนไขนั้นมี ผลกระทบด้านลบต่อสุขภาพหรือไม่ ในขณะที่พิธีสารคาตาเฮนาไม่เน้นที่ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เท่าใดนัก แต่ใช้หลักการป้องกันไว้ก่อน การดำเนินนโยบายด้านจีเอ็มโอจึงมีความยากลำบากอย่างยิ่ง

การปฏิบัติตามพิธีสารคาตาเฮนา

ในปัจจุบันเนื่องจากไทยยังไม่มีนโยบายในการอนุญาตให้เพาะปลูกพืชจีเอ็มโอเชิงพาณิชย์ ดังนั้นไทยจึงไม่สามารถที่จะใช้สิทธิของพิธีสารคาตาเฮนา ในส่วนที่เป็นแบบ AIA ซึ่งเป็นกรณีเฉพาะการนำเข้า เพื่อนำเข้าสู่ระบบนิเวศเป็นครั้งแรกเท่านั้น

แต่ถ้าเมื่อใดประเทศไทยเปลี่ยนนโยบายยอมให้มีการเพาะปลูกพืชจีเอ็มโอตั้งแต่ระดับที่มีการทดลองในระบบนิเวศเปิด (แปลงทดลองแบบปิด) จนไปถึงการปลูกเชิงพาณิชย์เมื่อใด ไทยจึงจะมีโอกาสที่จะใช้มาตรการในส่วนของ AIA และจะต้องมีการเตรียมความพร้อมว่าจะระมัดระวังไม่ให้พืชจีเอ็มโอกับพืชตามธรรมชาติปะปนกันได้อย่างไร หรือจะสามารถอยู่ร่วมกันได้ (Coexisting) อย่างไร และหากมีการปะปนกันจะต้องจัดการกับความเสียหายที่ตามมาอย่างไร ทั้งในแง่ความหลากหลายทางชีวภาพ สุขอนามัย และ ผลต่อการส่งออก

แต่เนื่องจากความขัดแย้งในหลักการของพิธีสารคาตาเฮนาและ SPS การที่จะด่วนตัดสินใจใช้มาตรการใดจึงยังคงไม่เหมาะสม ไทยจึงควรติดตามผลการตัดสินของคณะกรรมการ Dispute Settlement ของ WTO ในกรณีข้อขัดแย้งระหว่างสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรปเสียก่อนว่าจะมีผลสรุปออกมาเป็น อย่างไร เพื่อให้แน่ใจว่ามาตรการใดจะสามารถใช้ได้หรือไม่ได้ แล้วนำมาปรับเป็นแนวทางในการดำเนินนโยบายของไทยในอนาคต

สำหรับในส่วนของผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องใช้กระบวนการ AIA อันได้แก่ เกษตรภัณฑ์ สิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่เคลื่อนย้ายผ่านแดน (in transit) ที่จะนำไปสู่การใช้ที่ได้รับการควบคุม (Contained use) ซึ่งดำเนินการตามมาตรฐานของประเทศผู้นำเข้า และ สิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอที่นำไปใช้โดยตรงเพื่อเป็นอาหารมนุษย์ หรืออาหารสัตว์ หรือนำมาแปรรูปนั้น นับเป็นส่วนที่ประเทศไทยจะต้องเผชิญในปัจจุบัน

ในกรณีหลังนี้ ปัญหาใหญ่ของไทยคงไม่ได้อยู่ที่พิธีสารคาตาเฮนาให้อำนาจในการกำกับดูแลพืชจีเอ็มโอน้อยกว่ากรณีของพืชที่ต้องผ่านกระบวนการ AIA แต่ปัญหานั้นจะอยู่ที่ว่า กฎระเบียบ

สาธารณูปโภคพื้นฐาน กำลังทรัพยากรมนุษย์ ปัจจัยทางสถาบันอื่นๆ และการจัดการของไทยว่ามีความพร้อมที่จะจัดการผลิตภัณฑ์เหล่านี้มากน้อยแค่ไหน

ผู้วิจัยเชื่อว่าทรัพยากรมนุษย์ของไทยด้านเกษตรกรรม และกฎระเบียบที่มีอยู่น่าจะมีความพร้อมพอสมควรในการที่กำกับดูแลเกษตรภัณฑ์ที่ทำจากจีเอ็มโอ แต่ผู้วิจัยยังคงมีความกังวลค่อนข้างมากในกรณีของผลิตภัณฑ์ที่เหลือ ประเทศไทยดูเหมือนว่าจะไม่ขาดแคลนกฎระเบียบในการกำกับดูแล เพราะมักมีการร่าง กฎระเบียบขึ้นตามแบบอย่างของต่างประเทศอยู่โดยตลอด แต่ปัญหาใหญ่ที่สุดของไทยนั้นอยู่ที่การนำเอากฎเกณฑ์เหล่านั้นไปปฏิบัติ (implementation) และการบังคับใช้ (enforcement) จริง ซึ่งไทยยังไม่สามารถจัดการในส่วนนี้ได้ดีเลย ทั้งจากความหละหลวมตามนิสัยสบายๆของคนไทย และจากการฉ้อราษฎร์บังหลวงของผู้คุมกฎบางส่วน

การปฏิบัติตามความตกลง SPS ของ WTO

ในด้านผลกระทบของความตกลง SPS นั้นจะเห็นได้ว่าที่จริงแล้ว มาตรการห้ามการนำเข้าเมล็ดพืช จีเอ็มโอเพื่อมาเพาะปลูกเชิงพาณิชย์นั้น อาจถูกตีความได้ว่าขัดกับหลักของ SPS เนื่องจากประเทศมิได้มี ข้อพิสูจน์ที่เป็นวิทยาศาสตร์อย่างชัดเจนว่าพืชเหล่านั้นจะมีผลเสียอย่างไรต่อสุขภาพมนุษย์และสัตว์ ดังเช่นที่สหรัฐอเมริกาฟ้องร้องสหภาพยุโรปอยู่ หากในอนาคตปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาชนะในการฟ้องร้อง ก็เป็นไปได้อย่างมากที่สหรัฐอเมริกา และประเทศผู้ผลิตเทคโนโลยีชีวภาพจะใช้กรณีดังกล่าวเป็นตัวอย่างในการบีบให้ประเทศไทยต้องเปิดรับการเพาะปลูกเชิงพาณิชย์เช่นกัน ดังนั้นจึงเป็นไปได้ค่อนข้างสูงว่าประเทศไทยอาจจะหนีสถานะที่จะต้องอนุญาตให้มีการปลูกพืชจีเอ็มโอเชิงพาณิชย์ไปไม่พ้น ดังนั้นจึงควรที่จะมีการเตรียมการรับมือการจัดการด้านการอยู่ร่วมกัน (coexisting) อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

5. ข้อเสนอแนะทางนโยบาย

5.1 ข้อเสนอต่อภาครัฐ ในด้านกฎระเบียบ การติดตาม การเจรจา FTA

การคุ้มครองผู้บริโภค ด้านนโยบายการเพาะปลูกพืชจีเอ็มโอ

การห้ามการนำเข้าพืชและสัตว์จีเอ็มโอเพื่อการปลูกและเลี้ยงมีทั้งข้อดีและข้อเสีย ด้านหนึ่งทำให้พลาดโอกาสที่จะได้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ แต่ก็ทำให้หลีกเลี่ยงต้นทุนที่ (ยังไม่แน่นอนว่าสูงกว่าหรือไม่) ด้วยเช่นกัน อย่างไรก็ตามที่ได้มีการวิเคราะห์ไว้แล้วว่าไทยคงหลีกเลี่ยงได้ไม่นาน ดังนั้นจึงจำเป็นต้องเตรียมความพร้อม

ปัญหาก็คือปัจจุบันไทยยังไม่มีกฎระเบียบและความพร้อม ในการจัดการกับการปลูกหรือเลี้ยงจีเอ็มโอ หากอนุญาตในทันทีก็จะเกิดการปะปนกัน ส่งผลให้ผู้บริโภคภายในที่ต้องการอาหารปลอดจีเอ็มโอขาด ทางเลือก และยังมีความเสี่ยงจากการกีดกันทางการค้าจากตลาดส่งออก นอกจากนี้ยังอาจกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพและสุขภาพในอนาคตจากข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่ยังไม่ทราบในอนาคตได้

ดังนั้นก่อนการเปิดให้มีการปลูกหรือเลี้ยงจีเอ็มโอจึงต้องมีการเตรียมความพร้อมด้านกฎหมายระเบียบปฏิบัติ และกำลังบุคลากร ที่จะดูแล เพื่อให้การปลูกพืชและเลี้ยงสัตว์ตามธรรมชาติมีหลักประกันว่าจะสามารถทำได้โดยไม่ปะปนกัน (co-existing) ซึ่งก็จะช่วยลดการต่อต้านอีกทางหนึ่งด้วย

ด้านการเจรจาการค้า

ประเทศไทยน่าจะพิจารณาที่จะใช้ประโยชน์จากข้อบัญญัติในมาตราที่ 14 และ มาตราที่ 24 เพื่อเป็นข้ออ้างในการที่จะไม่ยอมรับเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอของสหรัฐอเมริกาที่มีแนวโน้มจะ บีบให้ไทยต้องเปิดเสรีให้กับสิ่งมีชีวิตจีเอ็มโอโดยไม่มีทางป้องกันตนเองจนเกินไป โดยอ้างว่าจะทำให้มีความคุ้มครองในระดับที่ต่ำกว่าที่บัญญัติโดยพิธีสาร หรือขัดต่อหลักการของพิธีสาร

ความตกลงของ WTO และพิธีสารคาตาเฮน่านั้นถือได้ว่าเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีศักดิ์และสิทธิระดับเดียวกัน และยากที่จะตัดสินว่าความตกลงใดมีสิทธิเหนือกว่า และเหนือกว่าในประเด็นใด ซึ่งเป็นประเด็นที่นักกฎหมายจะต้องหาทางออก และในระหว่างที่ยังมีความไม่ชัดเจนอยู่ประเทศไทยก็ควรที่จะมีสิทธิ์ที่จะตีความกฎเกณฑ์ต่างๆในทางที่จะเป็นประโยชน์แก่ประเทศของตน และน่าที่จะสามารถห้ามการเพาะปลูกในเชิงพาณิชย์ไปก่อนได้ จนกว่าจะมีการเตรียมความพร้อมด้านต่างๆ แล้ว

ในมาตราที่ 26 ของพิธีสารคาตาเฮนา ได้เปิดช่องให้ประเทศภาคีพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจมีต่อเศรษฐกิจและสังคม ในด้านการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพอย่างยั่งยืน โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อคุณค่าของความหลากหลายของทรัพยากรชีวภาพที่มีอยู่ในชุมชนดั้งเดิมและท้องถิ่น แม้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมิได้กล่าวถึงการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างชุมชนท้องถิ่นที่เป็นเจ้าของเชื้อพันธุ์กับนักพัฒนาพันธุ์ที่นำเอาเชื้อพันธุ์จากชุมชนท้องถิ่นที่ได้มีการพัฒนา คัดสรร และรักษาพันธุ์ดังกล่าวมาเป็นเวลาหลายชั่วอายุคนก็ตาม แต่ก็เห็นว่าไทยจะใช้มาตรานี้ในการอ้างความชอบธรรมที่ไทยจะต้องพยายาม ผลักดันให้ มาตรานี้เป็นช่องทางให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างกัน เนื่องจากการเข้ามาของพืช จีเอ็มโอ นั้นอาจมีผลทำให้วิถีชีวิตของชุมชนดั้งเดิมและท้องถิ่นนั้นถูกกระทบกระเทือน

ข้อเสนอด้านการวิจัย

เนื่องจากปัญหาการเล็ดลอดของพันธุ์ที่เกิดขึ้นในอดีตทำให้ทราบว่า การกำกับดูแลด้านความปลอดภัยของการวิจัยนั้นยังไม่รัดกุมพอ ดังนั้นในระดับการทดลองในห้องปฏิบัติการ ภาคสนาม และระบบเปิด จึงต้องมีการกลับมาทบทวนอีกครั้งว่าปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น เกิดจากปัญหาความบกพร่องของกฎระเบียบ หรือการปฏิบัติ เพื่อแก้ไขให้ถูกต้อง

นอกจากนี้รัฐบาลควรที่จะมีการคิดระบบที่จะตัดสินว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบหากมีการปะปนของพืชจีเอ็มโอและพืชตามธรรมชาติเกิดขึ้น ฝ่ายใดจะเป็นผู้รับผิดชอบและรับผิดชอบอย่างไร ระบบดังกล่าวควรที่จะต้องสามารถส่งผลฟ้องร้องย้อนหลังได้ เพื่อให้สามารถหาผู้รับผิดชอบในกรณีที่ผลกระทบเพิ่งถูกค้นพบในภายหลัง

ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งผลประโยชน์และทรัพย์สินทางปัญญานั้น ผู้วิจัยเห็นว่าพืชและสัตว์จีเอ็มโอที่จะนำมาปลูกและเพาะเลี้ยงในไทย ส่วนหนึ่งคงต้องพัฒนามาจากสายพันธุ์ตามธรรมชาติจากท้องถิ่นของไทย เพราะจะต้องเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของไทยจึงจะปลูกหรือเพาะพันธุ์ได้ดี และเนื่องจากชุมชนท้องถิ่นของไทยเป็นผู้รักษาและใช้ภูมิปัญญาที่สืบทอดกันมาหลายชั่วคนในการคัดเลือกพันธุ์ แต่ระบบทรัพย์สินทางปัญญาแบบตะวันตกยังไม่มี การรับรองสิทธิลักษณะนี้ ดังนั้นก่อนการเปิดให้มีการปลูกหรือเพาะเลี้ยงจีเอ็มโอ ไทยจึงต้องพัฒนาระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เอื้อให้ไทยได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าว และลดผลของการผูกขาดพันธุ์

ประการสุดท้ายรัฐบาลจะต้องพัฒนาให้กฎหมายแข่งขันทางการค้าที่มีอยู่ในปัจจุบัน มีผลบังคับใช้ในการควบคุมผู้มีอำนาจผูกขาดให้จริงจัง เพื่อเป็นเครื่องมือกำกับดูแลการผูกขาดของบริษัทข้ามชาติที่จะเข้ามาในตลาดไทยในอนาคต และเพื่อถ่วงดุลกับกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาที่ให้อำนาจผูกขาดแก่ผู้คิดค้นนวัตกรรม

บรรณานุกรม

- Adcock, M. (2005), "The Monsanto v Schmieser case: A European Perspective", a paper presented in 9th ICABR International Conference on Agricultural Biotechnology: Ten Years Later, Ravello (Italy), July 6-10.
- Biosafety Clearing House of Thailand, ข้อมูลออนไลน์ที่ <http://chm-thai.onep.go.th>
- Chaturvedi, Sachin (2004), "Environment Issues in Free Trade Agreements in Asia and the Post-Cancun Challenges: Issues and Policy Options, *RIS Discussion Paper*, RIS-DP # 67/2003
- Chaitoo, Ramesh and Michael Hart (2000) *Labelling of Genetically Modified Products: Strategic Trade Policy Considerations for Canada*, Paper prepared for The Canadian Biotechnology Advisory Committee, Centre for Trade Policy and Law, Carleton University.
- Clive James (2005), ISAAA Briefs No. 34-2005: Executive Summary, International Service for the Acquisition of Agri-Biotech Application. ข้อมูลออนไลน์จาก <http://www.isaaa.org/kc/bin/briefs34/es/index.htm>
- Codex Alimentarius "Guideline for the Conduct of Food Safety Assessment of Foods Derived from Recombinant-DNA Plants", CAC/GL 45-2003.
- FAO/WHO (2000) "Safety aspects of genetically modified foods of plant origin", Report of a Joint FAO/WHO Expert Consultation on Foods Derived from Biotechnology.
- FAO/WHO (2001) "Safety assessments of foods derived from genetically modified microorganisms", Report of a Joint FAO/WHO Expert Consultation on Foods Derived from Biotechnology.
- Holmes, Bob (2005) "Review 2005: Here's looking at you, chimp", NewScientist.com, 24 December 2005. Available online at <http://www.newscientist.com/channel/life/mg18825315.500.html>
- "The Safety of Genetically Modified Foods Produced Through Biotechnology", *Society of Toxicology Position Paper*, September 25th, 2002. Available only at <http://www.abeuropa.info/pdf/sections/SafetyofGMfood.pdf>
- Suppan, Steve (2005) Background on WTO Dispute U.S. vs. EC Biotech Products Case: WTO Dispute Backgrounder, the institute for agriculture and trade policy trade and global governance program
- WTO (1995), The Final Act.

ปัทมาวดี โพชนุกูล ชูชูกิ และชยันต์ ตันติวิธดาการ (2547) โครงการประเมินผลกระทบทางเศรษฐกิจของการนำเข้าถั่วเหลือง GMOs เพื่อแปรรูปและบริโภค, เสนอต่อศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีแห่งชาติ ผ่านศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์, คณะเศรษฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สิทธิพล วิบูลย์ธนากุล (2547) GMOs ภายใต้ระเบียบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, เอกสารหมายเลข 1, โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)

สุรวิษ วรรณไกรโรจน์; ชยันต์ ตันติวิธดาการ; ปัทมาวดี โพชนุกูล ชูชูกิ; บัณฑูร เศรษฐศิโรตม์; โครงการนโยบายของประเทศไทยเรื่องสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม, เสนอต่อ โครงการยุทธศาสตร์นโยบายฐานทรัพยากร ในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, กุมภาพันธ์, 2548.

ศูนย์พันธุวิศวกรรมและเทคโนโลยีชีวภาพ (2547) พิธีสารคาร์ตาเฮนา ว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ, พิมพ์ครั้งที่ 2.

บทคัดย่อ

โดยที่สหรัฐอเมริกา, อาร์เจนตินาและแคนาดาได้ร้องเรียนต่อองค์การการค้าโลก (World Trade Organisation – WTO) ว่า สหภาพยุโรปใช้มาตรการขัดขวางการนำเข้าซึ่งสินค้าที่มีการตกแต่งพันธุกรรม โดยอ้างว่า สหภาพยุโรปได้ใช้มาตรการ 3 ประการที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตน ดังนี้

(1) EC ได้ใช้มาตรการในทางปฏิบัติในการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ยังผลให้เกิดการระงับ (*suspension*) และสร้างความล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผล (*undue delay*) กับการนำเข้าสินค้าดังกล่าวของตน และได้สร้างความเสียหายให้กับประเทศผู้ร้องเรียน

(2) การยื่นใบขอการรับรองจาก EC ให้สินค้าตกแต่งพันธุกรรมบางประเภทที่นำเข้าไปยังประเทศในสหภาพยุโรป แต่ EC ไม่พิจารณาใบขอรับการรับรองสินค้าดังกล่าวและกล่าวว่า *เป็นการกระทำโดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนอย่างเพียงพอ (without sufficient scientific evidence)* จึงถือเป็นการละเมิดกฎของ WTO

(3) ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ได้แก่ ออสเตรีย ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ อิตาลีและลักเซมเบิร์ก ได้ใช้มาตรการภายใน (โดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎของ WTO) เพื่อในการรักษาตลาดภายใน (maintain national marketing) โดยกีดกันและห้ามนำเข้า (import bans) สินค้าที่ผลิตโดยผ่านเทคโนโลยีชีวภาพแม้ว่าสินค้านั้นๆ จะผ่านมาตรฐานและได้รับการรับรองจากสหภาพยุโรปแล้วก็ตาม ซึ่งถือเป็นการขัดต่อกฎระเบียบของ EC เอง

เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 Dispute Settlement Panel ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) ได้ออกรายงานชั่วคราว (interim report) ให้ข้อคิดเห็นต่อข้อร้องเรียนของสหรัฐอเมริกา, อาร์เจนตินาและแคนาดา ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของ Panel ได้รับความสนใจจากประเทศต่างๆ อย่างมากโดยเฉพาะประเทศที่อยู่ระหว่างการวางระบบกฎหมายเพื่อควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพในประเทศ รวมทั้งไทย เพราะคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นกรณีศึกษา (case study) ว่าหลัก Precautionary Principle ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและใน Cartagena Protocol ได้รับการพิจารณาและวางบรรทัดฐานการปรับใช้ในกรอบของ WTO มากน้อย เพียงใด และมีหลักในการพิจารณาอย่างไร และการศึกษา interim report นี้ยังช่วยให้ไทยได้เข้าใจการตีความและความสำคัญของ precautionary principle ในกรอบ WTO ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อไทย ซึ่งกำลังอยู่ระหว่างการยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพและได้ยึดถือหลักการดังกล่าวเป็นหลักการสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ด้วย

Executive Summary

Pursuant to the relevant provisions of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, the Agreement on the Application of Sanitary and

Phytosanitary Measures, the Agreement on Agriculture, the Agreement on Technical Barriers to Trade, and the GATT 1994, the United States, Argentina, and Canada requested consultations with the European Communities with regard to certain measures taken by the European Communities, which affect products of biotechnology.

To this end, the US, Argentina and Canada requested consultation with the EC under the auspices of the WTO. They argued that the EC take three measures, which breach the WTO's above-mentioned instruments. Such measures caused the following impacts to the complaining countries:

- (a) **undue delay in finalizing consideration** of various applications for approval of biotechnology products submitted by various WTO Members;
- (b) **suspension of consideration or non-consideration** of various applications as the result of the execution of the EC *de facto* measures taken without sufficient scientific evidence or a proper risk assessment; and
- (c) **banning imported biotech products and maintaining national marketing** by state-level safeguard measures taken by some EC countries.

Thailand is one of the countries pursuing a role of third party in this case. Also, Thailand imports some biotech products and is a potential exporter of genetically modified products. It is, therefore, necessary to observe and learn how and in what direction the WTO's Dispute Settlement Panel interprets the relevant provisions and principles in the SPS Agreement, GATT 1994, Agriculture Agreement, and the TBT Agreement, particularly the precautionary principle. This is because the precautionary principle is the underlying concept in the new Thai Act on biosafety that is currently under the progress of drafting.

ผลกระทบกรณี EC Biotech Case

ต่อระบบกฎหมายว่าด้วยการควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพ

ดร.บัณฑิตา พิษณุกร (PhD.)^{*}

เมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 Dispute Settlement Panel ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) ได้ออกรายงานชั่วคราว (interim report) ให้ข้อคิดเห็นต่อข้อร้องเรียนของสหรัฐอเมริกา, อาร์เจนตินาและแคนาดาต่อสหภาพยุโรปต่อกรณีที่สหภาพยุโรปใช้มาตรการขัดขวางการนำเข้าซึ่งสินค้าที่มีการตกแต่งพันธุกรรม รวมทั้งกรณีที่ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปบางประเทศใช้มาตรการกีดกัน สินค้าที่มีการ ตกแต่งพันธุกรรมในการวางสินค้าในตลาดภายในประเทศ (EC biotech case) ซึ่งคำวินิจฉัยของ Panel ครั้งนี้ได้รับความสนใจจากประเทศต่างๆ อย่างมากโดยเฉพาะประเทศที่อยู่ระหว่างการวางระบบกฎหมายเพื่อควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพในประเทศ เพราะคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเป็นกรณีศึกษา (case study) ว่าหลัก Precautionary Principle ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ได้รับการยอมรับในกฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศและใน Cartagena Protocol ได้รับการพิจารณาและวางบรรทัดฐานการปรับใช้ในรอบของ WTO อย่างไร

1. ข้อพิพาท EC Biotech Case

เมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ. 2003 สหรัฐฯ ยื่นคำร้องต่อ WTO ร้องเรียนว่า สหภาพยุโรป (EC) ใช้มาตรการเพื่อยกเลิกการนำเข้าสินค้าที่มีการตกแต่งพันธุกรรมจากสหรัฐฯ ในวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2003 สหรัฐฯ มีคำร้องไปยังประธานของ Dispute Settlement Body เพื่อขอให้มีการจัดการหารือ (consultation) อย่างเป็นทางการเพื่อพิจารณาการกระทำดังกล่าวของ EC ต่อมา แคนาดาและอาร์เจนตินาได้ขอเป็นประเทศผู้ร้องเรียนร่วม และในวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 2003 สหรัฐฯ มีคำร้องเป็นลายลักษณ์อักษรอ้างถึงข้อ 6 ของ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Dispute (DSU) ของ WTO เพื่อให้จัดตั้ง Panel พิจารณาประเด็นพิพาท ต่อมาในวันที่ 29 สิงหาคม ค.ศ. 2003 ได้มีการจัดตั้ง single panel ขึ้น แต่ต่อมาสหรัฐฯ แคนาดาและอาร์เจนตินาได้มีคำร้องขอให้ Director-General ของ WTO พิจารณาองค์ประกอบของ Panel เนื่องจากประเทศที่เกี่ยวข้องไม่สามารถยอมรับการเสนอชื่อของ Panelists

^{*} งานวิจัยนี้เป็นงานวิชาการและความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน โดยไม่มีส่วนใดสะท้อนความเห็นหรือท่าทีของกระทรวงการต่างประเทศ

ได้ภายใน 20 วัน (ตามนัยของย่อหน้าที่ 7 ของข้อ 8 ของ DSU) และในวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2004 Director-General ของ WTO ได้แต่งตั้ง Panel ที่มีองค์ประกอบ¹ ดังนี้

- (1) Mr. Christian Häberli (ประธาน)
- (2) Mr. Mohan Kumar
- (3) Mr. Akio Shimizu

ต่อมาอีกหลายประเทศ เช่น ออสเตรเลีย บราซิล ชิลี จีน ใต้หวัน เอล ซัลวาดอร์ โคลัมเบีย ฮอนดูรัส เม็กซิโก นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ ปารากวัย เปรู อุรุกวัย รวมทั้งไทยได้มีหนังสือขอเข้าร่วมการหารือ (joint consultation) โดยไทยได้ขอสงวนสิทธิการเข้าร่วมการหารือ (consultation) ในคำร้องของแคนาดาและอาร์เจนตินาในฐานะประเทศที่สาม (third party)² ด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า หลังจากที่มีการแต่งตั้งองค์ประกอบ Panel แล้ว แต่ Panel ไม่สามารถสรุปรายงาน ได้ภายใน 6 เดือนตามที่กำหนดไว้ใน DSU โดย Panel ได้มีหนังสือแจ้งต่อประธาน DSB ถึง 7 ครั้ง เพื่อขอขยายระยะเวลาในการพิจารณาและสรุปผล โดยแจ้งว่า ต้องขอขยายระยะเวลาเสนอรายงาน เนื่องจากประเทศคู่พิพาทเองร้องขอขยายระยะเวลาในการเสนอหลักฐานประกอบคดี และ Panel เองก็ได้เคยแจ้งถึงความจำเป็นว่า เนื่องจากต้องรวบรวมหลักฐานและข้อมูลใหม่ๆ ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาท ซึ่งบางส่วนเป็นหลักฐานทาง วิทยาศาสตร์ซึ่งต้องใช้เวลาในการทดลองและรวบรวม รวมทั้ง Panel ได้ขอให้ความเห็นของผู้เชี่ยวชาญด้านวิทยาศาสตร์และเทคนิคเข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย แสดงให้เห็นว่า ในการพิจารณาคดีที่มีความเกี่ยวเนื่องกับสินค้าตกแต่งพันธุกรรมนั้น หลักฐานทางวิทยาศาสตร์และความเห็นของผู้เชี่ยวชาญมีบทบาทสำคัญในการพิจารณาคดี เนื่องจากหลัก Precautionary principle ที่ได้ถูกอ้างถึงเน้นย้ำถึงการใช้หลักฐานทางวิทยาศาสตร์เป็นหลักฐานสำคัญในการสร้างความชอบธรรมในการดำเนินการหนึ่งๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าของประเทศคู่พิพาท ซึ่งการค้นหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้าง/ข้อโต้แย้งต้องใช้เวลาในการทดลองและเก็บรวบรวม ยังผลให้กระบวนการพิจารณาข้อพิพาทของ WTO มีความล่าช้าออกไปด้วย

¹ โปรดดูรายละเอียดที่เอกสาร WTO หมายเลข WT/DS291/24, WT/DS292/18, WT/DS93/18 ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ.2004 ได้ที่ www.wto.org

² อ้างแล้ว อนึ่ง การสงวนสิทธิเพื่อเข้าร่วมการหารือในฐานะประเทศที่สามกำหนดสิทธิให้กับไทยตามข้อ 10 ของ DSU กล่าวคือ (1) ผลประโยชน์ของไทย (ในฐานะประเทศที่สาม) จะได้รับการคำนึงถึงในระหว่างการพิจารณาของ Panel (2) การที่ไทยได้แจ้งต่อ Dispute Settlement Body ว่า ตนมีผลประโยชน์อย่างมากในกรณีพิพาท ไทยจะได้รับโอกาสในการชี้แจงและสามารถเสนอข้อชี้แจงหรือข้อโต้แย้งเป็นลายลักษณ์อักษรไปยัง Panel ได้ ซึ่งทั้งหมดจะได้รับบันทึกไว้ในรายงานของ Panel (3) ไทยในฐานะประเทศที่สามจะได้รับเอกสารที่เสนอไปยัง Panel โดยประเทศคู่พิพาท (4) หากไทยในฐานะประเทศที่สามเห็นว่า กระบวนการที่ Panel ได้เสนอนั้นทำให้ผลประโยชน์ของตนเสียไปหรือเสื่อมไป ไทยอาจเสนอให้มีการพิจารณาข้อพิพาทตามกระบวนการระงับข้อพิพาทปกติ (เช่น Good offices, conciliation และ mediation ตามข้อ 5 ของ DSU) ได้

2. ประเด็นการพิจารณาใน Biotech Case³

หมายเลขข้อพิพาท : สหรัฐฯ เป็นประเทศผู้ร้องเรียน WT/DS291, แคนาดาเป็นประเทศผู้ร้องเรียน WT/DS292 และอาร์เจนตินาเป็นประเทศผู้ร้องเรียน WT/DS293

ประเทศผู้ร้องเรียน : สหรัฐฯ แคนาดา และอาร์เจนตินา

ประเทศผู้ถูกร้องเรียน : European Communities (EC)

ประเทศร่วมการหารือในฐานะประเทศที่สาม : อาร์เจนตินา⁴ ออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา ชิลี จีน ไต้หวัน เอลซัลวาดอร์ โคลัมเบีย ฮอนดูรัส เม็กซิโก นิวซีแลนด์ นอร์เวย์ ปารากวัย เปรู อุรุกวัย รวมทั้งไทย

ประเทศผู้ร้องเรียนได้มีหนังสือร้องเรียนไปยัง DSB ว่า EC ได้มีการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการรับรองและการใช้มาตรการภายในต่อสินค้าตกแต่งพันธุกรรม (biotech products) ที่นำเข้าจากประเทศผู้ร้องเรียนและได้สร้างความเสียหายให้กับสหรัฐฯ แคนาดาและอาร์เจนตินา โดยประเทศผู้ร้องเรียนมิได้ร้องเรียนว่า มาตรการที่ EC ดำเนินการนั้นขัดกับหลักการของ WTO แต่การปรับใช้ (application) ของมาตรการที่ว่านั้นได้สร้างความเสียหายให้กับการส่งออก biotech products ของตน โดยมาตรการของ EC ที่ถูกอ้างถึง คือ

- Directive 90/220/EEC “on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms”⁵
- Directive 2001/18 “on the deliberate release into the environment of genetically modified organisms and repealing Council Directive 90/220/EEC”
- Regulation 258/97 “concerning novel foods and novel food ingredients”

³ โดยที่ในกรณีพิพาทนี้ สหรัฐฯ แคนาดาและอาร์เจนตินาได้หยิบยกประเด็นที่ใกล้เคียงกัน จึงขอสรุปโดยรวมถึงข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตามข้อพิพาทหมายเลข WT/DS291 และหากมีประเด็นใดที่ได้รับการหยิบยกให้พิจารณาเป็นพิเศษโดยแคนาดาและอาร์เจนตินา งานวิจัยฉบับนี้จะได้นำมาให้เห็นต่อไป

⁴ อาร์เจนตินาและบราซิลร่วมการหารือในฐานะประเทศที่สามในข้อพิพาทที่ร้องเรียนโดยสหรัฐฯ

⁵ Directives 90/220 และ 2001/18 มีจุดมุ่งหมายเพื่อหลีกเลี่ยงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม ชีวิตและสุขภาพของ non-target organisms (สัตว์ และพืช) และผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการจัดการเทคนิคต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับ GMOs อย่างไรก็ตาม Penal เห็นว่าลำพังเพียงการอ้างว่า safeguard measures นั้นเป็นการปรับ Directives ข้างต้น ไม่เป็นการเพียงพอที่จะพิจารณาว่า safeguard measures นั้นเป็น SPS measures แต่เมื่อ Panel พิจารณารูปแบบและวัตถุประสงค์ของแต่ safeguard measures แล้ว ได้ลงความเห็นว่า safeguard measures เหล่านี้มีคุณสมบัติของ SPS measures, paragraph 7.2550

สามารถสรุปมาตรการที่เป็นประเด็นข้อพิพาทได้ ดังนี้

2.1 มาตรการทางปฏิบัติของ EC ในการให้การรับรอง biotech products (EC general *de facto* moratorium on approval of biotech products) : ประเทศผู้ร้องเรียน อ้างว่า EC ได้ใช้มาตรการในทางปฏิบัติในการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ยังผลให้เกิดการระงับ (*suspension*) และสร้างความล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผล (*undue delay*) ให้กับการนำเข้าสินค้าดังกล่าวของตน และได้สร้างความเสียหายให้กับประเทศผู้ร้องเรียนในช่วงที่มีการใช้มาตรการดังกล่าวตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1998 จนถึงวันที่ 25 สิงหาคม ค.ศ. 2003 (ซึ่งเป็นวันที่ Panel ได้จัดตั้งขึ้น) ในขณะที่ EC ปฏิเสธว่า มาตรการดังกล่าวเป็นเพียงมาตรการทางปฏิบัติ ดังนั้นจึงไม่ถือว่าเป็น "มาตรการ" ภายใต้ WTO

2.2 มาตรการของ EC ในการรับรอง biotech products บางประเภท (Various product-specific EC measures related to the approval of biotech products) : ประเทศผู้ร้องเรียนร้องเรียนว่า ได้ยื่นใบขอการรับรองจาก EC ให้สินค้าตกแต่งพันธุกรรมบางประเภทที่ต้องการส่งออกไปยังประเทศในสหภาพยุโรป (สินค้า/ ผลิตภัณฑ์ปรากฏตาม Annexes IA and IB แนบท้ายเอกสาร WT/DS291/1 ลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 2003) แต่ EC ไม่พิจารณา (non-consideration) ใบขอรับการรับรองสินค้าดังกล่าวและกล่าวว่า เป็นการกระทำโดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนอย่างเพียงพอ (*without sufficient scientific evidence*) จึงถือเป็นการละเมิดกฎของ WTO ซึ่ง EC โต้แย้งว่า การไม่พิจารณาใบขอการรับรองได้ภายในกำหนดเวลา ไม่ถือเป็นการดำเนิน "มาตรการ" การร้องเรียนดังกล่าวจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับการขอใบรับรองมากกว่าเป็นการใช้ "มาตรการ" กีดกัน

2.3 มาตรการภายในของประเทศสมาชิก EC (State-level safeguard measures) ในการนำเข้าและวางตลาดของ biotech products : ประเทศผู้ร้องเรียนอ้างว่า ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ได้แก่ ออสเตรีย ฝรั่งเศส เยอรมนี กรีซ อิตาลีและลักเซมเบิร์ก ได้ใช้มาตรการภายใน (โดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับซึ่งเป็นหลักการสำคัญของกฎของ WTO) เพื่อในการรักษาดตลาดภายใน (maintain national marketing) โดยกีดกันและห้ามนำเข้า (import bans) สินค้าที่ผลิตโดยผ่านเทคโนโลยีชีวภาพแม้ว่าสินค้านั้นๆ จะผ่านมาตรฐานและได้ รับการรับรองจากสหภาพยุโรปแล้วก็ตาม ซึ่งถือเป็นการขัดต่อกฎระเบียบของ EC เอง ในขณะที่ EC อ้างว่า มาตรการภายในเหล่านั้นเป็นมาตรการชั่วคราว (provisional in nature) จึงเป็นการดำเนินการตามกฎหมายของ WTO อย่างเคร่งครัดด้วยซ้ำไป โดยประเทศผู้ร้องเรียนอ้างว่า มาตรการต่างๆ ของ EC นั้นไม่สอดคล้องกับข้อบทต่างๆ ของข้อตกลงภายใต้ WTO ดังนี้

- SPS Agreement, ข้อ 2, 5, 7, 8 และ 10 รวมทั้ง Annexes B and C;
- GATT 1994, ข้อ I, III, X and XI;
- Agriculture Agreement, ข้อ 4;
- TBT Agreement, ข้อ 2, 5 และ 12⁶

⁶ เอกสารร้องเรียนของอาร์เจนตินา ที่ WT/DS293/1 ลงวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2003 หนึ่งในงานวิจัยฉบับนี้อ้างอิงถึงข้อร้องเรียนของอาร์เจนตินาเนื่องจากไทยเข้าร่วมการหารือในฐานะประเทศที่สามโดยอ้างอิงสิทธิดังกล่าวกับข้อร้องเรียนของ อาร์เจนตินา

3. ความเห็นของ Panel

กระบวนการหารือเพื่อระงับข้อพิพาทได้ดำเนินมาตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 2004 และที่สิ้นสุดเมื่อวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2006 Panel ได้เสนอ Interim Report เพื่อเสนอให้ประเทศคู่กรณีพิจารณาโดยในรายงาน Panel ได้ให้ข้อคิดเห็นสรุปได้ ดังนี้

3.1 ข้อร้องเรียนตาม 2.1 และ 2.2⁷

ต่อข้อร้องเรียนตาม 2.1 และ 2.2 Panel เห็นว่า ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1998-2003 EC ได้ใช้มาตรการการระงับ (moratorium) การให้การรับรอง (approval) การนำเข้าสินค้าที่มีการตกแต่งพันธุกรรมโดยสหภาพยุโรปจริง ในกรณีร้องเรียน 24 ใน 27 กรณีพบว่าการพิจารณาล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผล (undue delay) และมาตรการ ดังกล่าวขัดต่อข้อตกลงว่าด้วยสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary – SPS Agreement) ของ WTO ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสุขภาพของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม โดย Panel เห็นว่า EC ได้สร้างความล่าช้าอันไม่สมเหตุสมผลหรือ “undue delay” ให้กับประเทศผู้ร้องเรียน และแม้ความล่าช้า ดังกล่าวเป็นมาตรการทางปฏิบัติ (procedural delay) แต่การสร้าง ความล่าช้าอันไม่สมควรหรือ “undue delay” นั้นถือว่าเป็นการไม่ปฏิบัติตามหลักการอันเป็นสาระสำคัญของ SPS Agreement ที่มุ่งหวังให้การใช้มาตรการ SPS เป็นไปเพื่อลดผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อการค้าระหว่างประเทศเป็นสำคัญ

3.1.1 “Undue delay”

ความล่าช้าโดยไม่สมเหตุสมผลหรือ “undue delay” เป็นเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน Annex C (1)(a) ซึ่งเป็นส่วนขยายความของข้อ 8 ของ SPS Agreement ที่กำหนดไว้ ดังนี้

Article 8

Control, Inspection and Approval Procedures

Members shall observe the provisions of Annex C in the operation of control, inspection and approval procedures, including national systems for approving the use of additives or for establishing tolerances for contaminants in foods, beverages or feedstuffs, and otherwise ensure that their procedures are not inconsistent with the provisions of this Agreement.

⁷ โดยที่ข้อร้องเรียนตาม 2.1 และ 2.2 มีข้อกล่าวหาและข้อโต้แย้งที่คล้ายคลึงกัน เพียงแต่ตาม 2.2 นั้นเป็นการดำเนินการพิจารณาให้การรับรองต่อสินค้าของประเทศผู้ร้องเรียนบางประเภทเป็นการเฉพาะเท่านั้น ในขณะที่ตาม 2.1 นั้นเป็นการดำเนินการทั่วไป จึงขอ นำข้อวิเคราะห์มารวมไว้ในหัวข้อเดียวกัน

หมายความว่า การใช้กระบวนการ approval procedures ได้แต่ต้องคำนึงถึงบทบัญญัติใน Annex C มีฉะนั้น ถือว่า กระบวนการนั้น ไม่สอดคล้อง กับบทบัญญัติในข้อตกลงนี้ ซึ่งข้อบทใน Annex C ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนด มาตรการในการให้การรับรอง (approval procedures) คือ Annex C (1) (a) ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ANNEX C

CONTROL, INSPECTION AND APPROVAL PROCEDURES

1. Members shall ensure, with respect to any procedure to check and ensure the fulfilment of sanitary or phytosanitary measures, that:

(a) such procedures are undertaken and completed without undue delay and in no less favourable manner for imported products than for like domestic products; ...

จะเห็นได้ว่า สารสำคัญของ Annex C (1) (a) นั้น คือ ต้องมีการดำเนินการ (undertake) และการทำให้ ลุล่วง (complete) ซึ่งมาตรการในการควบคุม (control) การตรวจสอบ (inspection) และการให้การรับรอง (approval) นั้น **ต้องกระทำโดยไม่ล่าช้า หรือเกิดความล่าช้าโดยปราศจากเหตุอันควรหรือ (without undue delay)** และการใช้มาตรการดังกล่าวต้องกระทำต่อสินค้านำเข้าเช่นเดียวกันกับสินค้าที่ผลิตขึ้น ภายในประเทศ

3.1.1.1 องค์ประกอบของ “undue delay”

อนึ่ง Panel ได้ให้ความเห็นเชิงลึกต่อประเด็น “undue delay” ตาม Annex C (1)

(a) ไว้อย่างน่าสนใจว่า ได้คำนึงถึงหลัก 5 ประการประกอบการพิจารณา คือ

(a) การดำเนินการใดที่ล่วงเลยระยะเวลาที่ได้กำหนดไว้หรือไม่ (going beyond what is warranted) ซึ่งมีความชัดเจนในตัวเองอยู่แล้ว เช่น หากในกฎของ EC กำหนดไว้ว่า การพิจารณา ใ้รับรองจะกระทำภายใน 60 วัน หากเลยระยะเวลา 60 วันนั้น ก็ย่อมถือว่า เป็นการล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร

(b) มีเหตุผลเพียงพอแก่การอธิบายหรือไม่ (adequate reason for explanation)

(c) มีการสูญเสียเวลาเกินสมควรหรือไม่ (long duration with no adequate explanation)

(d) เห็นได้ว่า การพิจารณารับรองจะต้องมีการสิ้นสุด (end) – Panel ให้ความเห็นว่า การดำเนินการ (undertake) ตาม Annex C (1) (a) นั้นมีองค์ประกอบของการ “เริ่ม” และการ ทำให้ ลุล่วง (complete) นั้นมีองค์ประกอบของ “การสิ้นสุด (end)” ของงานอยู่ด้วย ดังนั้นการพิจารณาการ

ให้การรับรอง biotech products ของ EC ต่อสินค้าของประเทศผู้ร้องเรียนนั้นไม่สามารถเห็นได้ว่า จะมีการสิ้นสุดของการพิจารณาเมื่อใด จึงเห็นได้ว่า ความล่าช้าที่เกิดขึ้นนั้นไม่สมเหตุผล

(e) ต้องเป็นการล่าช้าที่กระทำด้วยความสุจริต (good faith) - Panel ได้ยกตัวอย่างว่า หาก EC ชี้แจงได้ว่า มีข้อมูลใหม่หรือมีข้อมูลเพิ่มเติมที่ต้องใช้ในการประกอบการพิจารณา Panel ก็จะไม่อนุญาตให้มีการขยายระยะเวลาการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ออกไปได้ และจะยังไม่ให้ความเห็นว่า เป็นความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร

(f) การดำเนินการโดยทันที : ฝ่ายที่ถูกร้องเรียนต้องแสดงให้เห็นได้ว่า ได้ดำเนินการที่เกี่ยวข้องโดยทันที (act expeditiously as could be expected) อย่างที่ควรจะสามารถทำได้ มิฉะนั้นแล้วจะถือว่า ได้สร้างความล่าช้าโดยไม่สมเหตุผลแก่ผู้ร้องเรียน

3.1.1.2 ประเด็นที่ Panel ไม่รับพิจารณาในเรื่อง “undue delay”

(g) ระยะเวลาในการพัฒนาวิทยาศาสตร์ : EC อ้างว่า กระบวนการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์ต้องใช้เวลา ยังผลให้ EC ดำเนินการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ล่าช้า Panel ให้ความเห็นว่า การที่วิทยาศาสตร์อาจยังพัฒนาไปไม่ถึงจุดที่สามารถให้ผลการทดลองมาใช้ในการประกอบการพิจารณาของ EC ได้นั้น ไม่ถือว่าเป็นเหตุที่จะสร้างความชอบธรรมให้กับความล่าช้าได้ เนื่องจาก (1) ตามข้อ 5.7 ของ SPS Agreement อนุญาตให้ประเทศสมาชิกออกมาตรการชั่วคราว (provisional measures) トラบเท่าที่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุน และ (2) กระบวนการพัฒนาวิทยาศาสตร์ที่ต้องใช้เวลาไม่อาจถือเป็นเหตุผลหรือสร้างความชอบธรรมให้กับความล่าช้าในการตัดสินใจรับรอง biotech products ซึ่งเป็นประเด็นสาระัตถะ

(g) ความล่าช้าที่เกิดขึ้นเป็นมาตรการทางปฏิบัติ : Panel เห็นว่า EC ดำเนินการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ถือว่าเป็นการใช้ procedural measures เพื่อบิดเบือนสิทธิและหน้าที่พื้นฐานของประเทศสมาชิก WTO ตามข้อ 2 และข้อ 5 ของ SPS Agreement กล่าวคือ การใช้ SPS measures ของประเทศสมาชิกต้องกระทำไปเพื่อเป็นการป้องกันสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช โดยจะปรับใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น และตามข้อ 5 ยังกำหนดไว้ว่า SPS measures ต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของการประเมินความเสี่ยง (risk assessment) เท่าที่จำเป็นในสถานการณ์นั้นๆ ที่มีต่อสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช และ Annex C (1) (a) นั้นได้ถูกร่างขึ้นเพื่อป้องกันการบิดเบือนดังกล่าว จึงได้ตั้งเงื่อนไขเรื่อง “undue delay” ไว้ ดังนั้น ความล่าช้าในการพิจารณาให้การรับรอง biotech products ของ EC นั้น จึงเป็นการดำเนินการที่ขัดต่อ วัตถุประสงค์ของ SPS Agreement

3.2 ข้อร้องเรียนตาม 2.3

Panel ได้ให้ความเห็นต่อข้อเรียกร้องตาม 2.3 ไว้ว่า การดำเนินมาตรการภายในของ EC บางประเทศ หรือที่เรียกกันว่าเป็น “safeguard measures” หรือ “member State measures” ที่ประเทศ EC

ปรับใช้โดยอ้างว่า เป็นการดำเนินการตาม Directives 90/220 และ 2001/18 และตาม Regulation 258/97⁸ โดยการออกมาตรการ ทั้งหมด 9 safeguard measures (สหรัฐฯ ร้องเรียนทั้ง 9 มาตรการ แคนาดา ร้องเรียน 5 มาตรการ และ อาร์เจนตินา ร้องเรียน 6 มาตรการ) เพื่อกีดกันการนำเข้าและวางตลาดซึ่ง biotech products นั้น ขัดต่อ SPS Agreement เพราะไม่มีการนำผล risk assessment มาใช้ประกอบการใช้มาตรการดังกล่าว ดังนั้น จึงต้องถูกยกเลิก อย่างไรก็ดี Panel ยังเห็นว่า ประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปดังกล่าวอาจไปจัดทำ risk assessment ของตนเองขึ้นหากจะยังคงการห้ามการนำเข้าไว้ เพราะในหลักการแล้ว risk assessment สามารถกระทำขึ้นหลังจากประกาศใช้มาตรการตาม SPS Agreement แล้วก็ได้

3.3 ประเด็นที่ Panel หลีกเลี่ยงการพิจารณา

อย่างไรก็ตาม ในรายงานไม่ได้พิจารณาประเด็นสำคัญ 3 ประเด็นซึ่งเสนอให้มีการพิจารณาด้วย คือ (1) สินค้าตกแต่งพันธุกรรม (GM products) มีคุณลักษณะเหมือนหนึ่งเดียวกับสินค้าที่ไม่ใช่สินค้าตกแต่งพันธุกรรมหรือไม่ (Non-GM product) เพราะประเด็นดังกล่าวมีความสำคัญในฐานะเป็นปัจจัยหลักของระบบกฎหมาย GMO ของสหรัฐฯ ที่เห็นว่า สินค้าดังกล่าวมีความเหมือนหนึ่งเดียวกัน และ (2) สินค้าตกแต่งพันธุกรรมมีความปลอดภัยหรือไม่ ซึ่งสาเหตุแห่งการละเว้นไม่พิจารณาอาจเป็นเพราะ Panel เห็นว่า ไม่อยู่ในขอบเขตของประเด็นพิจารณา และ WTO ไม่ใช่เวทีที่เหมาะสมในการพูดถึงความปลอดภัยของสินค้าตกแต่งพันธุกรรม (3) มาตรการภายในของ EC เข้าข่ายเป็นมาตรการตาม SPS Agreement หรือเข้าข่ายเป็นมาตรการตาม Technical Barrier to Trade Agreement (TBT) เพราะมาตรการเดียวกัน อาจให้ผลต่างกันได้อย่างไรก็ดี Panel ไม่ได้ให้ความเห็นที่ชัดเจน แต่กล่าวทำนองว่า หากข้อบทของ SPS Agreement สามารถปรับใช้ได้แล้ว ก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาข้อบทของข้อตกลงอื่น (เช่น TBT Agreement หรือ WTO Agreement) แต่หาก SPS Agreement ไม่สามารถปรับใช้ได้แล้ว TBT Agreement หรือ WTO Agreement อาจปรับใช้ได้⁹

4. การยอมรับ Precautionary Principle

ข้อโต้แย้งของสหภาพยุโรปในกรณีร้องเรียนดังกล่าวขึ้นอยู่กับหลักการว่า มาตรการของ สหภาพยุโรปเป็นไปตาม Precautionary Principle ซึ่งสหภาพยุโรปอ้างว่าเป็นหลักการที่ได้รับการกล่าวถึงใน Cartagena Protocol ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพ สหภาพยุโรปให้เหตุผลว่า มาตรการที่สหภาพยุโรปใช้นอกจากเป็นตาม Precautionary Principle แล้ว ยังเป็นมาตรการชั่วคราวตามข้อ

⁸ การดำเนินการเพื่อแจ้งให้ผู้บริโภคทราบถึงผลิตภัณฑ์อาหารใหม่ๆ ที่มีคุณค่าทางอาหารด้อย เพื่อเป็นการป้องกันการเข้าใจผิดของผู้บริโภคต่อผลิตภัณฑ์อาหารนั้น ซึ่ง Penal ไม่ถือว่าเป็นการดำเนินการเพื่อวัตถุประสงค์เดียวกันกับ SPS Agreement

⁹ Center for International Environmental Law, "EC-Biotech: Overview and Analysis of the Panel's Interim Report", มีนาคม ค.ศ. 2006, Briefing Note from GeneWatch "The WTO GMO dispute : The Interim Report of the Dispute Panel", 31 มีนาคม ค.ศ. 2006

5.7 ของ SPS Agreement ซึ่งอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถใช้มาตรการชั่วคราวห้ามการนำเข้าได้ระหว่างที่ ขณะนั้นยังไม่มีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เพียงพอที่จะสรุปถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากนำเข้าซึ่งสินค้าที่มี การตกแต่งพันธุกรรม โดยการตีความของสหภาพยุโรปเป็นการหลัก Precautionary Principle ตามอนุสัญญา สิ่งแวดล้อมอย่างชัดเจน ประเด็นที่งานวิจัยฉบับนี้จะวินิจฉัยประกอบด้วย คือ Precautionary Principle ได้รับการยอมรับเพียงใดในเวทีระหว่างประเทศโดยเฉพาะในกรอบ WTO

4.1 Precautionary Principle ในเวทีระหว่างประเทศ

Precautionary Principle ได้รับการกล่าวถึงในเอกสารกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ ที่สำคัญ ได้แก่ Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development (1990)¹⁰ และ Principle 15 ของ Rio Declaration¹¹ ซึ่งมีสถานะเป็น soft law และก่อให้เกิดข้อโต้แย้งว่า Precautionary Principle มี สถานฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) หรือไม่ เนื่องจาก soft law มิได้สร้าง *opinion juris* อีกทั้ง Precautionary Principle ยังไม่มีการปรับใช้อย่างกว้างขวางพอที่กล่าวได้ว่ามี *state practice* ดังนั้น จึงไม่น่าจะกล่าวได้ว่า เมื่อพิจารณาปัจจัยสำคัญทั้งสองของการมีฐานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศแล้ว Precautionary Principle ยังไม่มีสถานะเป็นกฎหมายจารีตประเพณีที่มีผลบังคับใช้กับประเทศต่างๆ เป็นการทั่วไป

คุณลักษณะสำคัญของ Precautionary Principle ที่เป็นที่ยอมรับในวงการกฎหมายระหว่างประเทศ คือ (1) Precautionary Principle จะไม่รอจนกว่าจะมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์อย่างแน่ชัดถึงภัยคุกคามนั้น โดย หลักการนี้ให้ถือเป็นหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหายไว้ก่อน¹² และการอ้างว่า ยังไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ยืนยันถึงความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจึงไม่ถือว่าเป็นข้อโต้แย้งเพื่อประวิงหรือเลื่อน (postpone) การดำเนินการใดเพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อม (2) Precautionary

¹⁰ ดู Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development in the ECE Region (Norway) paragraph 7 วันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1990 ลงพิมพ์ซ้ำใน UN Document A/CONF.151/PC/10 Annex I ; Yearbook of International Environmental Law, Oxford University Press, 1990 หน้า 429 Bergen Ministerial Declaration on Sustainable Development (1990) : กล่าวถึง Precautionary Principle ไว้ ดังนี้

“In order to achieve sustainable development, policies must be based on the precautionary principle. Environmental measures must anticipate, prevent and attack the causes of environmental degradation, Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty should not be used as a reason for postponing measures to prevent environmental degradation.”

¹¹ Report of the United Nations Conference on Environment and Development (UNCED), Rio de Janeiro, 3-14 มิถุนายน ค.ศ. 1992 ANNEX I กล่าวถึง Precautionary Principle ไว้ ดังนี้

“In order to protect the environment, the precautionary approach shall be widely applied by states according to their capabilities. Where there are threats of serious or irreversible damage, lack of full scientific certainty shall not be used as reason for postponing cost-effective measures to prevent environmental degradation.”

¹² Hohmann, H., *Precautionary Legal Duties and Principles of Modern International Environmental Law* (1994), 192.

Principle กำหนดให้มีการโอนถ่ายภาระการพิสูจน์ ซึ่งถือว่าเป็นครั้งแรกที่หลักกฎหมายมอบภาระการพิสูจน์ไปยังผู้ที่เสียหายจากการถูกกล่าวอ้าง Precautionary Principle ว่า จะต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่า สินค้าส่งออกของตนนั้นมีความปลอดภัยต่อสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ สัตว์ และพืชเพียงพอ¹³ ซึ่งคุณลักษณะทั้งสองประการได้รับกล่าวไว้อย่างชัดเจนใน Southern Bluefin Tuna case¹⁴ และ Mox Plant case¹⁵

WTO ยึดหลักการที่ว่า การกำหนดหรือใช้มาตรการใดๆ จะต้องไม่กระทบต่อหรือกีดกันการค้าเสรี แต่มีข้อยกเว้นว่า ในบางกรณี รัฐอาจดำเนินการบางประการ มีการยอมรับว่า การกำหนดมาตรการใดๆ จะต้องไม่เป็นไปเพื่อการกีดกันทางการค้า อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีรัฐจำเป็นต้องดำเนินการบางประการเพื่อจำกัดการนำเข้าเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืช ซึ่งกำหนดไว้ในข้อ XX ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยพิกัดอัตราภาษีศุลกากรและการค้า (GATT) ซึ่งมาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการที่เป็นการ “จำกัดการค้าอย่างน้อยที่สุด” (least-trade-restrictive) จึงยังไม่สามารถสรุปได้ว่าเป็นหลักการเดียวกันกับ Precautionary Principle หรือ WTO ยอมรับ Precautionary Principle มาใช้อย่างชัดเจน¹⁶

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาข้อบทเรื่องสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (SPS Agreement) เห็นได้ว่า SPS Agreement ได้ขยายความข้อความในความตกลง GATT ที่อนุญาตให้รัฐสามารถใช้มาตรการจำกัดการนำเข้าเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชได้ โดยอนุญาตให้รัฐใช้ มาตรการจำกัดการนำเข้าสินค้าบางรายการได้ หากเห็นว่าสินค้านั้นจะเป็นภัยต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชในประเทศตน อย่างไรก็ตาม มาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ใน SPS Agreement¹⁷ คือ จะต้องใช้เท่าที่จำเป็นและมีหลักฐานสนับสนุนทางวิทยาศาสตร์ที่เพียงพอ (based on scientific principles and not maintained without sufficient scientific)¹⁸ และควรสอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ (international standard) นอกจากนี้ มาตรการดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ ไม่สมเหตุสมผลและเป็นการกำหนดตามอำเภอใจ รวมทั้ง ไม่มีลักษณะเป็นการกีดกันทางการค้าแอบแฝง (disguised restriction on international trade)¹⁹

¹³ Sands, P. 'International Law in the Field of Sustainable Development, 65 YBIL (1994), 346.

¹⁴ Order of the ITLOS of 27 August 1999, Case Nos. 3 and 4 of the ITLOS.

¹⁵ Order of the ITLOS of 3 December 2001, Case No. 10 of the ITLOS.

¹⁶ หลักการดังกล่าวเพิ่งเริ่มมีการนำเข้าสู่การพิจารณาของเวทีระหว่างประเทศในปี 1984 ใน International Conference on the North Sea โปรดดู The Declaration of the First International Conference on the Protection of the North Sea, “The Bremen Declaration,” 1984 กล่าวถึงหลักการดังกล่าวว่า “Conscious that damage to the marine environment can be irreversible or remediable only at considerable expense and over long periods and that, therefore, coastal states and the EEC must not wait for proof of harmful effects before taking actions”

¹⁷ ข้อ 2.1 SPS Agreement

¹⁸ ข้อ 2.2 SPS Agreement

¹⁹ ข้อ 2.3 SPS Agreement

อย่างไรก็ตามข้อบทใน SPS Agreement ครอบคลุมกว้างกว่าข้อ XX ของความตกลง GATT โดยได้ยินยอมให้รัฐสามารถใช้มาตรการชั่วคราว (provisional measures) เพื่อจำกัดการนำเข้าในบางกรณีได้ หากกรณีดังกล่าวยังคงมีความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์ (scientific uncertainty) โดยทั้งนี้มาตรการดังกล่าวจะต้อง (1) เป็นมาตรการฉุกเฉิน (2) รัฐอยู่ระหว่างการรวบรวมข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เพิ่มเติมเพื่อจัดทำ risk assessment (3) กำหนดโดยใช้ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์ที่เกี่ยวข้องและมีอยู่เป็นพื้นฐาน (4) จะต้องมีการทบทวนการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นระยะๆ²⁰

แม้ว่า WTO จะยอมรับ Precautionary Principle บ้าง โดยผ่าน SPS Agreement แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อบทของ WTO ให้การพิจารณาพิสูจนต์กเป็นของรัฐที่ใช้มาตรการ SPS เป็นผู้พิสูจน์ว่า สินค้าที่ต้องจำกัดการนำเข้าเป็นภัยต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชในประเทศตน จึงเป็นที่น่าสนใจว่า SPS Agreement ได้ยอมรับ Precautionary Principle ไว้อย่างถูกต้องและครบถ้วนหรือไม่ เพราะหากพิจารณาแล้ว การใช้ความ คุ่มครองก่อนยอมสามารถใช้ได้ทันทีที่รัฐเห็นว่าการนำเข้าสินค้ารายการใดอาจเป็นอันตรายต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชได้ โดยไม่ต้องรอให้มีการพิสูจน์หลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนแต่อย่างใด รวมทั้งการพิจารณาพิสูจนต์กเป็นของรัฐของประเทศผู้ส่งออกสินค้าด้วย

4.2 การตีความ Precautionary Principle ในข้อพิพาทโดย ICJ และ WTO

การตีความ Precautionary Principle โดย International Court of Justice (ICJ) มีความแตกต่างจากการ ตีความหลักเดียวกันโดย WTO ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า องค์ประกอบสำคัญของ Precautionary Principle คือ ใน Gacikovo-Nagymaros case ซึ่ง ICJ ได้ให้เหตุผลเบื้องหลังคำตัดสินไว้ว่า โดยที่ Hungary อ้าง Precautionary Principle และอ้างถึง ความจำเป็นต่อสิ่งแวดล้อม (environmental necessity) สนับสนุนการดำเนินการฝ่ายเดียว (unilateral action) โดยการละทิ้งพันธกรณีของตนในการร่วมก่อสร้างเขื่อน Gacikovo-Nagymaros กับ Czech Republic โดย ICJ ยอมรับว่า environmental necessity ในคดีนี้นั้นปรากฏจริงและเห็นว่า ความจำเป็นดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ กระนั้นก็ตาม ICJ เลี่ยงที่จะตัดสินว่า Hungary นั้นกระทำถูกต้องตามหลัก Precautionary Principle แต่ได้ตัดสินว่า Hungary ไม่สามารถยุติความร่วมมือดังกล่าวได้ เนื่องจาก Hungary ไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่า ความจำเป็นต่อสิ่งแวดล้อมนั้นเป็น “ผลประโยชน์ที่มีความสำคัญยิ่ง (essential interest)” และภัยคุกคามนั้นที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อมนั้นมีเป็นภัยคุกคามที่มีความเร่งด่วนและยิ่งใหญ่ (grave and imminent peril)²¹

ในทางกลับกันกับเหตุผลที่ ICJ ให้ไว้ในคำตัดสินคดี Gacikovo-Nagymaros นั้น Appellate Body ของ WTO ซึ่งให้ความน้ำหนักการตัดสินส่วนใหญ่โน้มเอียงไปทางการค้าเสรีได้เคยให้ความเห็นต่อ Precautionary Principle ใน Beef Hormone case มาแล้ว โดยในคดีนี้ EC ยกเลิกการนำเข้าเนื้อจากสหรัฐฯ โดยอ้างว่า เป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพของประชากรและสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป สหรัฐฯ อ้างว่า EC ไม่

²⁰ ข้อ 5.7 SPS Agreement

²¹ Paragraph 10 of the ICJ Judgement on the Gacikovo-Nagymaros case, *ICJ Report* (1997), 162.

สามารถพิสูจน์ได้ว่า การยกเลิกการนำเข้าดังกล่าวมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รับรองที่อ้าง และ EC ไม่ได้ประเมินความเสี่ยง (risk assessment) ตามข้อ 5.1 และ 5.2 ของ SPS Agreement ที่สุด Appellate Body ของ WTO ได้ให้ความเห็นว่า เป็นข้อเรียกร้องตาม SPS Agreement จริงและ SPS Agreement กำหนดให้ การระงับการพิสูจน์ตกเป็นของรัฐที่ใช้ มาตรการ SPS เพื่อพิสูจน์ว่า สินค้าที่ต้องถูกจำกัดการนำเข้า (ban) เป็นภัยต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชในประเทศของตน แต่ข้อ 5.1 มิได้ยืนยันให้ประเทศสมาชิกที่ดำเนินมาตรการ SPS จะต้องประเมินความเสี่ยงด้วยตนเอง (this agreement 'does not insist that a Member that adopts a sanitary measures shall have carried out its own risk assessment.'²²) ดังนั้น EC อาจนำผลการประเมินความเสี่ยง (risk assessment) จากที่ได้มา กล่าวอ้างก็ได้ กระนั้นก็ตาม การยกเลิกการนำเข้าเนื้อของสหรัฐฯ ของ EC เป็นการดำเนินการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่มิได้อยู่ภายใต้ WTO เพราะไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุน

เป็นที่น่าสังเกตว่า แม้ WTO Appellate Body ได้มีคำตัดสินดังกล่าวแล้ว แต่เนื่องจากสหรัฐฯ ยังคงถูกกีดกันจาก EC แม้ว่า EC จะมีพันธกรณีทางกฎหมายในการยกเลิกมาตรการห้ามนำเข้าดังกล่าว ซึ่งยังผลให้สหรัฐฯ สูญเสียรายได้จากการนำเข้ามากกว่าปีละ 117 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ก็ตาม สหรัฐฯ จึงทำการตอบโต้ EC โดยการขึ้นภาษีศุลกากรสำหรับสินค้านำเข้าจาก EC ร้อยละ 100 เช่น มัสตาร์ด เนยแข็ง และน้ำผลไม้ เป็นต้น

จึงเป็นที่น่าสนใจว่า ในเวทีระหว่างประเทศนั้น การตีความ Precautionary Principle นั้นยังไม่มีบรรทัดฐานเดียวกัน โดย ICJ พยายามให้น้ำหนักกับการปกป้องผลร้ายที่จะเกิดขึ้นกับชีวิตมนุษย์ พืช สัตว์ และสิ่งแวดล้อม ในขณะที่ WTO พยายามหาจุดสมดุลที่ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้าโดยจำกัดอยู่ที่กรอบของ SPS Agreement เท่านั้น

5. หัยของผลวินิจฉัยดังกล่าวต่อการวางระบบกฎหมาย

คุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพในประเทศสมาชิก WTO

เมื่อพิจารณาผลคำวินิจฉัยตาม Interim Report ของ Panel ประกอบกับการยอมรับคดีที่ตัดสินโดย Appellate Body ของ WTO ก่อนหน้านี้ จะเห็นว่า WTO ยังไม่ยอมรับหลักการดังกล่าวเกินไปกว่าที่มีบัญญัติไว้ใน SPS Agreement และยึดในหลักการว่า การกำหนดมาตรการใดๆ จะต้องไม่เป็นไปเพื่อกีดกันทางการค้า และหากมีนัยเพื่อกีดกันทางการค้า มาตรการดังกล่าวจะต้องถูกยกเลิกหรือเพิกถอน โดยไม่ได้คำนึงถึงประเด็นอื่นๆ ประกอบด้วย แม้ว่าในความตกลงของ WTO จะกำหนดให้มีการรับเอาอนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ เข้ามาพิจารณาประกอบด้วยก็ตาม แต่ที่ผ่านมา WTO ก็ยอมรับเฉพาะมาตรฐานของบางองค์กรเท่านั้น เช่น Food and Agriculture Organization (FAO), International Standard Organization (ISO) และ CODEX และยังไม่มีการยอมรับอนุสัญญาอื่นๆ เข้ามาประกอบการพิจารณากรณีพิพาทนัก เช่น

²² Beef Hormone case, WTO Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R (1997), Paragraph 190.

ในกรณีนี้ Panel ให้เหตุผลว่า ที่ไม่ได้นำ Cartagena Protocol เข้ามาร่วมพิจารณาด้วย เนื่องจากบางประเทศที่เป็นคู่กรณี (สหรัฐฯ) ไม่ได้เป็นภาคีของ พิธีสารดังกล่าว จึงทำให้เห็นว่า WTO จำกัดกรอบการยอมรับ Precautionary Principle ไว้ในลักษณะอย่างแคบ

อย่างไรก็ตาม WTO ยังไม่ก้าวล่วงไปในระบบกฎหมายของแต่ละประเทศที่ใช้ในการควบคุม ความปลอดภัยทางชีวภาพ อย่างเช่นกรณีนี้ ผลคำวินิจฉัยเห็นว่า มาตรการที่สหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกนำมาใช้มีความไม่สอดคล้องกับข้อบทใน SPS Agreement เพราะบางมาตรการมีลักษณะเป็นการสร้างความล่าช้าที่ไม่สมเหตุสมผล (undue delay) หรือมาตรการของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปบางประเทศมิได้จัดทำ risk assessment ซึ่ง Interim Report ได้เสนอแนะให้สหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกไปปรับให้สอดคล้องกับข้อบทของ WTO เสีย

ในทางปฏิบัติ เมื่อสหภาพยุโรปได้ยกเลิกการชะลอการพิจารณาอนุญาตนำเข้าสินค้าต่าง ๆ ไปแล้ว WTO ก็ไม่สามารถมีคำสั่งอย่างอื่นต่อสหภาพยุโรปได้ ในส่วนของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปซึ่งรายงานเห็นว่า มาตรการที่กำหนดขึ้นขาดการจัดทำ risk assessment ก็ได้แนะนำให้ไปจัดทำ risk assessment ขึ้น และเห็นว่าเมื่อมีการจัดทำ risk assessment แล้ว หากปรากฏว่ามีความเสี่ยงภัยจริง มาตรการดังกล่าว ก็ย่อมมีความชอบธรรมและสามารถใช้ได้แม้จะเป็นการทำ risk assessment ขึ้นหลังจากการดำเนินการใช้มาตรการแล้วก็ตาม นอกจากนี้ WTO ยังยอมรับว่า รัฐสามารถกำหนดมาตรการการคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืชที่สูงกว่าที่มีการกำหนดกันในมาตรฐานระหว่างประเทศได้ หากมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุนเพียงพอว่ามาตรการ ดังกล่าวเป็นสิ่งจำเป็น

ดังนั้น หากพิจารณาโดยละเอียดจะเห็นว่า ข้อวินิจฉัยในรายงานไม่ได้แตะต้องระบบกฎหมายภายในของแต่ละประเทศแต่อย่างใด ตรงกันข้าม รายงานยังคงยอมรับในระบบกฎหมายและมาตรการดังกล่าว แต่ทั้งนี้ กฎหมายและมาตรการนั้นๆ จะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับข้อบทของ WTO ซึ่งหากมีการขัดหรือแย้ง รัฐก็จำเป็นต้องไปปรับแก้ไขกฎหมายหรือมาตรการดังกล่าวให้สอดคล้องกับ WTO โดยไม่จำเป็นต้องยกเลิกระบบกฎหมายทั้งระบบแต่อย่างใด จึงเป็นการแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า แต่ละประเทศย่อมยังคงสิทธิอย่างเต็มที่ในการวางระบบกฎหมายของตนเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพตราบใดที่ระบบกฎหมายดังกล่าว ไม่ขัดหรือแย้งกับ ข้อบทของ WTO

6. การดำเนินการเชิงรุกของไทยต่อผลคำวินิจฉัยสำหรับ

การวางระบบกฎหมายความปลอดภัยทางชีวภาพของไทย

โดยคำนึงถึงมติ ครม. ลงวันที่ 3 เมษายน 2544 มีสาระสำคัญกำหนดให้ “กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ยุติการทดลองพืชตัดแต่งพันธุกรรม ทุกชนิดในระดับไร่นาในระหว่างที่มีการยกร่างกฎหมายว่าด้วย

ความปลอดภัยทางชีวภาพ”²³ ซึ่งมติ ครม. ดังกล่าวมีนโยบายรัฐบาล ที่แม้จะกำหนดแนวทางเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตดัดแปลง พันธุกรรมของไทยอยู่บ้าง แต่ก็ยังเป็นเพียงมติ ครม. และมีลักษณะเป็นมติชั่วคราวเนื่องจากมติ ครม. ใช้คำว่า “ในระหว่างที่มีการยกร่างกฎหมาย...” ซึ่งแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า หากกฎหมายดังกล่าวได้รับการยกร่างได้แล้ว ก็คาดว่า มติ ครม. ฉบับนี้จะได้ถูกหยิบยกขึ้นพิจารณาอีกครั้งอย่างแน่นอน ดังนั้น จึงอาจสรุปได้ว่า ไทยยังไม่มีนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับการมี การใช้ การทดลอง การจัดการ การนำเข้า การส่งออก หรือการดำเนินการใดๆ กับสิ่งมีชีวิตที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง

นอกจากนี้ ในขณะที่ไทยกำลังยกร่างกฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพจึงนับเป็นโอกาสอันดีที่เราจะได้ใช้ประโยชน์จากข้อวินิจฉัยนี้ในการกำหนดท่าทีเรื่องระบบกฎหมายเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพ เพราะผลคำวินิจฉัยได้แสดงให้เห็นแล้วว่า การยอมรับ Precautionary Principle ในการค้าระหว่างประเทศนั้นยังมีลักษณะเป็นเส้นขนานกับวัตถุประสงค์ในการปรับใช้หลักดังกล่าวตามเนื้อหาของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิ่งแวดลอม (Cartagena Protocol) เพราะในกรอบการค้าระหว่างประเทศ ยังคงให้ความสำคัญกับการค้าเป็นลำดับแรก และระมัดระวังอย่างยิ่งที่จะไม่ให้มีการกำหนดมาตรการใดๆ ที่มีนัยเป็นการกีดกันทางการค้า ดังนั้น การพิจารณาว่าระบบกฎหมายของไทย จึงควรคำนึงถึงประเด็นเหล่านี้ประกอบด้วย โดยภาครัฐผู้ยกร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึงความสมดุลระหว่างพันธกรณีภายใต้ WTO ของไทยกับเจตนารมณ์ในการใช้ Precautionary Principle เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืช และให้เกิดความ กลมกลืนไม่คลั่งกันอย่างเด็ดขาด

ดังที่กล่าวมาแล้ว งานวิจัยฉบับนี้ขอเสนอข้อคิดเห็นเพื่อประโยชน์ในการยกร่างกฎหมายเฉพาะในเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพและการดำเนินนโยบายด้านการค้าระหว่างประเทศของไทย ดังนี้

6.1 กฎหมายภายในของไทย (ร่าง พรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพ) ควรมีหลักเกณฑ์ที่ครอบคลุมในประเด็นใดบ้าง

โดยที่ประเทศไทยเป็นภาคีของพิธีสาร Cartagena ว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ หน่วยงานไทยที่เกี่ยวข้องได้ยกร่าง พรบ. ว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ²⁴ เนื่องจากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม พ.ศ.... เพื่อเป็นการอนุวัติพันธกรณีของไทยที่มีตามพิธีสารดังกล่าว

ร่าง พรบ. ดังกล่าวมีเนื้อหาครอบคลุมสาระและพันธกรณีตามพิธีสารฯ และกำหนดวิธีการควบคุมความปลอดภัยทางชีวภาพในประเทศไทยในกิจกรรม 4 ลักษณะ คือ “(1) การนำเข้าและส่งออกสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง (2) การใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุม (3) การปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจ (4) การจำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง” ผ่านการบวณาการออกใบอนุญาต โดยหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจะใช้ดุลย

²³ มติ ครม. หาได้ที่ www.cabinet.thaigov.go.th

²⁴ หาได้จาก www.onep.go.th

พินิจให้ความเห็นและคำแนะนำต่อผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตผ่านคณะกรรมการความปลอดภัยทางชีวภาพแห่งชาติ ซึ่งตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับนี้ นอกจากนี้ พรบ. ยังกำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนความปลอดภัยทางชีวภาพ และบัญญัติในเรื่องความรับผิดชอบและการเยียวยาหากมีความเสียหายอันเนื่องมาจากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องด้วย โดยร่าง พรบ. ดังกล่าวสรุปสาระได้ดังนี้

ร่าง พรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพ

1. กระบวนการอนุมัติการนำเข้าและส่งออกสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง

ร่าง พรบ. กำหนดว่าผู้ที่นำเข้าสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องได้จะต้องเป็น นิติบุคคลผู้ได้รับอนุญาต²⁵ เท่านั้น และผู้ขอรับอนุญาตนำเข้าสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องจะต้องได้รับใบอนุญาตเฉพาะกิจกรรมตามข้อ (2)-(4) ข้างต้นซึ่งเป็นธุรกิจหลักของนิติบุคคลนั้นๆ ก่อน²⁶ ทั้งนี้ การพิจารณาอนุญาตตามข้อ (1)-(4) จะต้องการทำภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

ข้อสังเกต

(1) กลไกการอนุมัติให้นำเข้าโดยผู้นำเข้าจะต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจกรรมหลักก่อนจึงจะขออนุญาตนำเข้าได้มีลักษณะเป็นกลไกการตรวจสอบ 2 ชั้นที่รอบคอบ และเหมาะสม เพราะจะทำให้ภาครัฐสามารถตรวจสอบข้อมูลของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องได้อีกครั้ง เพราะกฎหมายไม่ได้ถือว่าการได้ใบอนุญาตกิจกรรมหลักจะเป็น precondition ให้ได้รับอนุญาตให้นำเข้าสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องได้

(2) ตามมาตรา 19 กำหนดว่า ระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตตาม พรบ. จะพิจารณากำหนดได้อย่างชัดเจนในกฎกระทรวง แม้มีข้อดีว่า มีความชัดเจนในแง่ของเงื่อนไขแต่จะต้องคำนึงด้วยว่า การกำหนดระยะเวลาที่ชัดเจน (clear duration) อาจเป็นประเด็นโต้แย้งให้กับผู้ส่งออก/นำเข้าได้หากมีการพิจารณาเกินกำหนดเวลาโดยไม่มีเหตุอันควร (unjustifiable) เพราะจะถือเป็นกระบวนการที่ undue delay²⁷ และขัดกับพันธกรณีตาม SPS Agreement ของ WTO

2. กระบวนการอนุมัติการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุม

ร่าง พรบ. กำหนดว่าผู้ใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุม ต้องเป็นนิติบุคคล และต้องแจ้งการใช้ต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ²⁸ รวมทั้ง ต้องจัดทำรายงานแสดงขั้นตอนของการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม ตลอดจนความเสี่ยงหรืออันตรายที่พบระหว่างการใช้เสนอต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ²⁹ ทั้งนี้ (1)

²⁵ มาตรา 19 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

²⁶ มาตรา 21 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

²⁷ โปรดดูข้อ ข้างต้น

²⁸ มาตรา 25 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

²⁹ มาตรา 26 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

หากพฤติกรรมเปลี่ยนแปลงไปหรือมีเหตุสำคัญเพื่อความปลอดภัยต่อสุขภาพหรือสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีมีอำนาจยกเลิกหรือสั่งแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขการใช้ได้³⁰ (2) หากได้ปฏิบัติถูกต้องตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการขออนุญาตถูกต้องครบถ้วนแล้ว แต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การอนุญาตให้ใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุมอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีอาจมีคำสั่ง ยกเลิกการใช้ได้ โดยให้ระบุเหตุผลของการยกเลิกด้วย³¹

ข้อสังเกต

(1) เป็นที่น่าสังเกตว่าร่าง พรบ. กำหนดให้ผู้ขออนุญาตใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุมจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น โดยไม่รวมถึงบุคคลธรรมดาด้วย ซึ่งอาจทำให้ตีความได้ว่า ผู้ที่สามารถใช้ สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุมอาจหมายถึง บริษัทหรือบริษัทข้ามชาติที่ประกอบธุรกิจในสาขา ดังกล่าว แต่ไม่รวมถึง นักวิจัยอิสระ หรือชาวบ้านทั่วไปที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมพืชกันเองตามภูมิปัญญาท้องถิ่น

(2) การกำหนดให้ต้องรายงานการดำเนินงาน รวมทั้งความเสี่ยงหรืออันตรายให้หน่วยงานทราบตลอดเป็นกระบวนการติดตามตรวจสอบที่ดี (tracibility) แต่ภาครัฐจะต้องทำให้มั่นใจว่ากระบวนการดังกล่าวจะมีการปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด

(3) การกำหนดว่า หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การอนุญาตให้ใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุมอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีอาจมีคำสั่ง ยกเลิกการใช้ได้ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาด้วยว่า คำว่า “หากเหตุอันควรเชื่อได้ว่า” มีความหมายครอบคลุมเพียงใด เพราะถ้อยคำดังกล่าวค่อนข้างมีลักษณะกว้าง โดยอาจนำหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เข้ามาใช้ประกอบด้วยหรือไม่ก็ได้ ในขณะที่พันธกรณีตาม SPS Agreement กำหนดชัดว่า การกำหนดมาตรการใดอันมีลักษณะ ส่งผลถึงการห้ามการนำเข้าจะต้องมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์สนับสนุน

3. กระบวนการอนุมัติการปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจ

ร่าง พรบ. กำหนดว่าผู้ปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจจะต้อง เป็นนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น³² โดยผู้ขออนุญาตจะต้องจัดทำรายงานประเมินความเสี่ยงเสนอพร้อมการขอรับอนุญาต และหากการปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจมีลักษณะเข้าข่ายตามประกาศที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด ผู้ขออนุญาตจะต้องจัดทำรายงานผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมเสนอมาพร้อมกันด้วย³³ ทั้งนี้ หากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมที่ขออนุญาตปลดปล่อยต้องนำเข้าจาก

³⁰ มาตรา 27 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³¹ มาตรา 28 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³² มาตรา 29 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³³ มาตรา 30 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

ต่างประเทศอาจนำรายงานการประเมินความเสี่ยงที่จัดทำในต่างประเทศมาเสนอพร้อมการขออนุญาตได้³⁴ ทั้งนี้ หากรายงานประเมินความเสี่ยงหรือรายงานผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมบ่งชี้ว่า การปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมเข้าสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อสุขภาพอนามัยสิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจ และสังคม รัฐมนตรีจะอนุญาตไม่ได้³⁵

นอกจากนี้ หากได้อนุญาตให้ปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สภาพแวดล้อมไปแล้ว ต่อมาพบเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุสำคัญเพื่อความปลอดภัยต่อสุขภาพอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม ให้รัฐมนตรียกเลิกการอนุญาตหรือสั่งแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขได้³⁶ แต่หากผู้ขออนุญาตได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขของการขออนุญาตโดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว แต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การอนุญาตให้ปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีอาจมีคำสั่งไม่อนุญาตได้³⁷

ข้อสังเกต

(1) เป็นที่น่าสนใจว่า กฎหมายได้กำหนดไว้เช่นกันว่า การอนุญาตให้ปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อมโดยจงใจ ผู้ขอรับอนุญาตจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น ซึ่งเท่ากับว่าชาวไร่ ชาวนาที่มีการทดลองหรือปลูกพืชที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมไม่ว่าจะเป็นโดยเจตนาหรือไม่ก็ตาม (เช่น พันธุ์พืชพื้นเมืองเดิมของตนเองถูกปนเปื้อนกลายเป็นพืชดัดแปลงพันธุกรรม) จะกลายเป็นผู้กระทำความผิดกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ เว้นเสียแต่ว่าจะรวมตัวจัดตั้งเป็น “นิติบุคคล”

(2) การปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สภาพแวดล้อมโดยจงใจ เป็นช่องทางแรกๆ ที่ให้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมได้เข้าไปปะปนกับสภาพแวดล้อม ซึ่งอาจส่งผลในทางดีหรือร้ายก็ได้ แต่กฎหมายฉบับนี้กลับขาดมาตรการในการติดตามตรวจสอบ (monitoring) ภายหลังการปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมเข้าสู่สภาพแวดล้อมแล้วว่าเมื่อสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมได้ปะปนไปกับสภาพแวดล้อมแล้วมีพัฒนาการในทางดีหรือร้ายต่อสภาพแวดล้อมเพียงใด โดยกำหนดไว้เพียงว่าในขั้นตอนการขออนุญาตจะต้องเสนอรายงานการประเมินความเสี่ยง หรือรายงานผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคม (หากเข้าข่ายต้องเสนอ) จึงอาจเสนอให้เพิ่ม ขั้นตอนดังกล่าวไว้ด้วย โดยผู้ขออนุญาตอาจต้องเป็นผู้ดำเนินการโดยมีการประสานร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิด ซึ่งจะก่อให้เกิดความปลอดภัยกับสภาพแวดล้อมกว่า รอให้เกิดปัญหาก่อนจึงมาใช้อำนาจตามมาตรา 33 ของร่าง พรบ. เพื่อยกเลิกหรือขอแก้ไขเพิ่มเติม

³⁴ มาตรา 31 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³⁵ มาตรา 32 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³⁶ มาตรา 33 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³⁷ มาตรา 34 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

(3) การกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจยกเลิกการอนุญาตปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมโดยจงใจ โดยอาศัยเพียง “เหตุอันควรเชื่อได้ว่า”³⁸ อาจสร้างประเด็นโต้แย้งเกี่ยวกับพันธกรณีตาม SPS Agreement ได้เช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในข้อการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุม

4. กระบวนการอนุมัติการจำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง

ร่าง พรบ. กำหนดว่าผู้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องจะต้องเป็น นิติบุคคลผู้ได้รับอนุญาต เท่านั้น³⁹ โดยผู้ขออนุญาตจะต้องจัดทำรายงานประเมินความเสี่ยงเสนอพร้อมการขอรับอนุญาต ทั้งนี้ หากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมที่ขออนุญาตจำหน่ายต้องนำเข้าจากต่างประเทศ อาจนำรายงานการประเมินความเสี่ยงที่จัดทำในต่างประเทศมาเสนอพร้อมการขออนุญาตได้ ทั้งนี้ หากรายงานประเมินความเสี่ยงบ่งชี้ว่า การจำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องอาจก่อให้เกิดความเสียหายร้ายแรงต่อสุขภาพอนามัย หรือต่อสิ่งแวดล้อมรัฐมนตรีจะอนุญาตไม่ได้⁴⁰ ทั้งนี้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่องต้องจัดให้มีฉลากกำกับให้ชัดเจนและสามารถสืบค้นที่มาได้⁴¹

หากได้อนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องแล้ว ต่อมา พุทธกรรมเปลี่ยนแปลงไป หรือมีเหตุสำคัญเพื่อความปลอดภัยต่อสุขภาพอนามัยหรือสิ่งแวดล้อม ให้รัฐมนตรี ยกเลิกการอนุญาตหรือสั่งแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขได้⁴² แต่หากผู้ขออนุญาตได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขของการขออนุญาตโดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว แต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า การอนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องอาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อสุขภาพอนามัยหรือ สิ่งแวดล้อม แม้ไม่มีผลพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจนก็ตาม รัฐมนตรีอาจมีคำสั่งไม่อนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องก็ได้ แต่ต้องระบุเหตุผลของการไม่อนุญาตด้วย⁴³

ข้อสังเกต

(1) เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายกำหนดไว้เช่นกันว่า การขอจำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลง พันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง ผู้ขออนุญาตจะต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น ซึ่งกฎหมายอาจมองว่า ผู้ที่ทำการค้าในลักษณะจำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องน่าจะมีลักษณะเป็นนิติบุคคล แต่ก็ทำให้อาจอนุมานได้ว่า กฎหมายเอื้อประโยชน์ให้กับบริษัท หรือบริษัทต่างประเทศขนาดใหญ่ที่มีธุรกิจสาขานี้

³⁸ มาตรา 34 ร่าง พรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

³⁹ มาตรา 37 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴⁰ มาตรา 38 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴¹ มาตรา 39 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴² มาตรา 40 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴³ มาตรา 41 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

มากกว่า การมองประชาชนที่เป็นชาวไร่ ชาวนาทั่วไป เพราะตามค่านิยม คำว่า จำหน่าย⁴⁴ มิได้หมายความว่า เฉพาะ การขายเท่านั้น แต่หมายถึง การจ่าย แจก ให้ ยืม ทั้งเพื่อประโยชน์ทางการค้า และไม่ใช้ด้วย ดังนั้น หากชาวบ้านมีพืช ดัดแปลงพันธุกรรมไว้ในครอบครอง ไม่ว่าจะเจตนาหรือไม่ก็ตาม (เช่น อาจจะมีการ ปลูกเป็นไปตามธรรมชาติจากพืชดัดแปลงพันธุกรรม) ก็จะกลายเป็นผู้กระทำผิดตามกฎหมายฉบับนี้ในทันที และไม่สามารถกระทำการให้ถูกกฎหมายได้ เว้นแต่จะมีสถานะเป็น “นิติบุคคล”

(2) การกำหนดให้รัฐมนตรีสามารถยกเลิกการอนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือ ผลิตภัณฑ์สืบเนื่องโดยอาศัยเพียง “เหตุอันควรเชื่อ”⁴⁵ ก็อาจสร้างปัญหาข้อโต้แย้งได้ในลักษณะเดียวกับการ ใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุมและการปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมสู่สิ่งแวดล้อม โดยจงใจที่ได้กล่าวแล้ว นอกจากนี้ การที่มาตรา 41 เพิ่มข้อความว่า “แม้ไม่มีผลการพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ ที่ ชัดเจนก็ตาม” แม้เป็นสิ่งที่ดีและสอดคล้องกับหลัก precautionary principle อย่างไรก็ตาม หากคำนึงถึง พันธกรณีตาม SPS Agreement ประกอบจะเห็นว่า การมีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ประกอบการห้ามทำ กิจกรรมอันมีผลต่อการนำเข้ายังคงเป็นสิ่งจำเป็น ซึ่งหากรัฐประสงค์จะห้ามการนำเข้าโดยเห็นว่า ยังไม่มี ข้อมูลทางวิทยาศาสตร์เพียงพอสำหรับสินค้านี้ (ในกรณีนี้ คือ สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือ ผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง) จะต้องเป็นการใช้มาตรการชั่วคราว (provisional measures) ตามข้อ 5.7 ของ SPS Agreement ซึ่งมาตรการ ดังกล่าวจะต้องมีลักษณะชั่วคราว ชุกเงิน และจำเป็นเท่านั้น **ซึ่งหลักกฎหมายใน มาตรา 41 ของร่าง พรบ. ยังไม่สอดคล้องกับหลักการของ SPS Agreement นัก**

5. กองทุนความปลอดภัยทางชีวภาพ

กฎหมายฉบับนี้ให้มีการตั้งกองทุนความปลอดภัยทางชีวภาพเพื่อแก้ไขเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นและมีความเสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สัตว์ หรือสิ่งแวดล้อมอันเกิดจากเหตุฉุกเฉินอันมีสาเหตุมาจาก กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม หรือการปลดปล่อยสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมโดยไม่จงใจ⁴⁶ โดยให้ผู้ได้รับใบอนุญาตการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพควบคุม ผู้ได้รับอนุญาตให้นำเข้าหรือ ส่งออกสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง ผู้ได้รับใบอนุญาตให้ปลดปล่อยสิ่งมีชีวิต ดัดแปลงพันธุกรรมสู่สภาพแวดล้อมโดยจงใจ และผู้ได้รับใบอนุญาตให้จำหน่ายสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม หรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องส่งเงินเข้ากองทุนดังกล่าวด้วย⁴⁷ ซึ่งนับเป็นการกระตุ้นให้ผู้ได้รับใบอนุญาตมีความ รับผิดชอบต่อสังคมในส่วนของการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่องมากขึ้น

⁴⁴ มาตรา 3 ร่าง พรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴⁵ มาตรา 41 ร่างพรบ.ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴⁶ มาตรา 66 และมาตรา 67 ร่างพรบ.ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴⁷ มาตรา 70 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

6. ความรับผิดชอบและการเยียวยา

กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจกรรมเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์ สืบเนื่องต้องร่วมกันรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในความเสียหายอันเกิดจากการประกอบกิจกรรมดังกล่าวไม่ว่าความเสียหายจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อหรือไม่ก็ตาม⁴⁸ โดยผู้เสียหายจะต้องพิสูจน์ว่าตนได้รับความเสียหายจากสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมหรือผลิตภัณฑ์สืบเนื่องของผู้ประกอบการฯ แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่า ความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการดังกล่าว⁴⁹

6.2 ในกรณีที่ไทยเป็นประเทศนำเข้าสินค้า GMO

โดยคำนึงว่าภายใต้ภาวะความเจริญทางเทคโนโลยีชีวภาพนี้ และในปัจจุบันไทยใช้เมล็ดพันธุ์ และเมล็ดพืช (seeds and grains) ข้าวโพดและถั่วเหลืองที่มีการตัดต่อ/ตัดแต่งพันธุกรรมอยู่แล้ว อีกทั้งไทยยังไม่มีนโยบายเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่อง และกฎหมายด้านความปลอดภัยทางชีวภาพเป็นการเฉพาะ จึงมีความเป็นไปได้สูงที่ไทยจะถูกกดดันจากประเทศมหาอำนาจด้านเทคโนโลยี GMOs ไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง (เช่น ผ่านข้อตกลงการค้าเสรี (FTA)) ให้ไทยอย่างน้อยแม้จะไม่มีนโยบายส่งเสริม GMOs แต่ก็ไม่มีนโยบายที่ขัดขวางการนำเข้า ส่งออก จำหน่าย และใช้เมล็ดพันธุ์ เมล็ดพืช หรือผลิตภัณฑ์ GMO ภายในประเทศ หากเป็นเช่นนั้นแล้วเมื่อไทยได้ศึกษา EC biotech case แล้วไทยในฐานะประเทศผู้นำเข้าควรจะตระหนักถึงประเด็นใดบ้าง เพื่อปกป้องสุขอนามัยของประชาชน พืช สัตว์และสิ่งแวดล้อมจากผลกระทบจาก GMOs

งานวิจัยฉบับนี้เห็นว่า ไทยในฐานะประเทศผู้นำเข้าสินค้า GMO ควรคำนึงถึงการใช้มาตรการ SPS ที่ SPS Agreement อนุญาตให้ใช้**ควบคู่**ไปกับการดำเนินการตามกระบวนการของ Cartagena Protocol ซึ่งยอมรับ Precautionary Principle ทั้งนี้เพื่อสร้าง**ความสมดุล**เป็นการทำให้แน่ใจได้ว่า ไทยได้ดำเนินการอย่างถูกต้องไม่ว่าประเทศผู้ส่งออกจะกล่าวอ้างว่า มาตรการที่ไทยใช้กีดกันสินค้า GMO โดยอ้างข้อบทไม่ว่าจาก SPS Agreement หรือ Cartagena Protocol ก็ตาม

ในขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพเป็นการเฉพาะ ส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้พยายามปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ให้สอดคล้องกับเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพไปพลางก่อน โดยกฎหมายต่างๆ ที่นำมาปรับใช้ได้แก่ พ.ร.บ. กักพืช พ.ศ. 2507 พ.ร.บ. อาหาร พ.ศ. 2522 พ.ร.บ. การส่งออกปศุสัตว์และการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 และ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้ออกกฎและประกาศกระทรวงฯ เพื่อกำหนดรายละเอียดในเรื่องการควบคุมสินค้าดัดแปลงพันธุกรรม งานวิจัยฉบับนี้ จึงจะวิเคราะห์ถึงกฎหมายไทยปัจจุบันที่มีอยู่ในการคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพ รวมทั้ง เสนอแนะข้อคิดเห็นเกี่ยวกับทางเลือกที่เหมาะสมที่ไทยอาจดำเนินการ

⁴⁸ มาตรา 78 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

⁴⁹ มาตรา 80 ร่างพรบ. ความปลอดภัยทางชีวภาพฯ

เพื่อวางระบบกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองความปลอดภัยทางชีวภาพของไทย อย่างมีประสิทธิภาพ และมีความสมดุลทั้งพันธกรณีของไทยในกรอบ WTO และการนำ Precautionary Principle มาใช้อย่างเหมาะสม

6.2.1 มาตรการควบคุมการนำเข้าและส่งออก

ปัจจุบันกฎหมายไทยที่ใช้ในการควบคุมการนำเข้าและส่งออกสินค้าตกแต่งพันธุกรรมยังคงมีจำกัดและไม่เพียงพอต่อการควบคุมการนำเข้าและส่งออกสินค้าตกแต่งพันธุกรรมทุกประเภท โดยในส่วนของผู้ตกแต่งพันธุกรรม ไทยนำ พ.ร.บ. กักพืช พ.ศ. 2507 มาปรับใช้ โดยการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดพืช ศัตรูพืช หรือพาหะจากแหล่งที่กำหนดเป็นสิ่งต้องห้าม ข้อยกเว้นและเงื่อนไข ตาม พ.ร.บ. กักพืช⁵⁰ ซึ่งได้มีการออกประกาศกำหนดห้ามนำเข้าพืชที่มีการตกแต่งพันธุกรรม โดยได้กำหนดพืชหลายรายการเป็นพืชที่ต้องห้ามนำเข้า ทั้งนี้ หากเป็นการนำเข้าเพื่อทดลองจะต้องได้รับอนุญาตก่อน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวแม้ว่าจะสามารถนำมาปรับใช้ได้ แต่ก็ยังมีข้อบกพร่องอยู่บ้าง เนื่องจากการกำหนดห้ามนำเข้าพืชตกแต่งพันธุกรรมมีลักษณะเป็นการกำหนดแบบ negative list คือ กำหนดห้ามนำเข้าพืชซึ่งปรากฏตามรายการในประกาศ แต่หากมีการนำเข้าพืชตกแต่งพันธุกรรม ซึ่งมีได้มีรายชื่ออยู่ในประกาศ ก็ถือว่าสามารถกระทำได้ไม่ผิดกฎหมาย

สำหรับพืชที่มีการตกแต่งพันธุกรรม ในอนาคตไทยควรพิจารณาปรับแก้ไขการวิธีการออกประกาศโดยอาจเปลี่ยนเป็นการประกาศในเชิง **positive list** โดยเลือกเฉพาะพืชตกแต่งพันธุกรรมที่ภาครัฐเห็นว่าจำเป็นต้องให้มีการนำเข้าได้เพื่อการศึกษาทดลอง และจะสามารถติดตามตรวจสอบได้อย่างใกล้ชิด ไม่ให้มีการปนเปื้อนไปในสภาพแวดล้อม และประกาศอนุญาตให้นำเข้าได้เฉพาะพืชดังกล่าว ส่วนพืชที่ไม่อยู่ในประกาศก็จะกลายเป็นพืชที่ต้องห้ามทั้งหมด นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ครอบคลุมถึงอาหารสำเร็จรูปที่ผลิตขึ้นโดยมีส่วนประกอบของพืชเหล่านี้ปะปนอยู่

ในส่วนของอาหาร พ.ร.บ. อาหาร พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายหลัก โดยภาครัฐอาจห้ามนำเข้าอาหารบางรายการซึ่งมีส่วนผสมของพืชตัดแต่งพันธุกรรมได้⁵¹ นอกจากนี้ ไทยยังมีมาตรการการติดฉลากสินค้าตกแต่งพันธุกรรมที่วางจำหน่ายในประเทศด้วย⁵² อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์การติดฉลากยังคงไม่ชัดเจน และไม่สามารถคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างแท้จริง เนื่องจากปัจจุบันกำหนดเพียงให้มีการติดฉลากสินค้าอาหารที่มีการใช้ข้าวโพดหรือถั่วเหลืองจีเอ็มโอ เป็นวัตถุดิบในการผลิต โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีการใช้จีเอ็มโอไม่เกิน ร้อยละ 5 และมีการใช้ข้าวโพดหรือถั่วเหลืองเป็นวัตถุดิบ 3 อันดับแรกของวัตถุดิบที่เป็นส่วนผสมของอาหาร (คิดตามน้ำหนัก) ซึ่งในทางปฏิบัติหากอาหารมีข้าวโพดหรือถั่วเหลืองเป็นส่วนผสมอันดับที่ 4 ก็จะไม่ถูกบังคับให้ต้องติดฉลาก หรือถ้ามีการใช้จีเอ็มโอที่ไม่ใช่ถั่วและข้าวโพดก็ไม่อยู่ในบังคับเช่นกัน

⁵⁰ อาศัยอำนาจตาม มาตรา 6 พ.ร.บ. กักพืช พ.ศ. 2507

⁵¹ อาศัยอำนาจตาม มาตรา 5 และมาตรา 6 (8) พ.ร.บ. อาหาร พ.ศ. 2522

⁵² อาศัยอำนาจตามมาตรา 5 และมาตรา 6 (10) พ.ร.บ. อาหาร พ.ศ. 2522

อย่างไรก็ตาม สินค้าตกแต่งพันธุกรรมในปัจจุบันมีมากมายกว่าพืชและอาหารมาก อาจมีลักษณะทั้งเป็นสัตว์ ยา เวชภัณฑ์ ฯลฯ ซึ่งปัจจุบัน ยังไม่มีกฎหมายไทยครอบคลุมถึง ในทางปฏิบัติ หากรัฐจำเป็นต้องควบคุมการนำเข้า ก็อาจต้องปรับใช้ พ.ร.บ. การส่งออกนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักร ซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522 ซึ่งอนุญาตให้รัฐสามารถห้ามการนำเข้าสินค้าใดๆ ด้วยเหตุผลทางความมั่นคงทางเศรษฐกิจ สาธารณประโยชน์ สาธารณสุข ความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน⁵³ ได้โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่า กฎหมายควบคุมการนำเข้าทั้งหมดที่รัฐบาลนำมาปรับใช้ เป็นกฎหมายที่ให้ภาครัฐสามารถห้ามการนำเข้าได้ โดยอาศัยคำแนะนำของคณะกรรมการที่เกี่ยวข้อง หรือโดยเห็นชอบ คณะรัฐมนตรีเป็นหลัก โดยมีได้กล่าวถึงขั้นตอนการดำเนินการในรายละเอียดว่าจะต้องมีการดำเนินการก่อนในลักษณะมาตรการบังคับก่อนอย่างไร จึงจะสามารถประกาศให้มีการห้ามนำเข้าได้ ซึ่งในหากพิจารณาประกอบกับกฎระเบียบของ WTO แล้ว กฎหมายดังกล่าวน่าจะยังขาดองค์ประกอบบางประการตามข้อบทของ SPS Agreement ที่เห็นว่า หากรัฐจะดำเนินมาตรการใดๆ เพื่อจำกัดการนำเข้าโดยมีเหตุอันควรเชื่อว่าสินค้าที่จะนำเข้านั้น จะเป็นภัยต่อชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์และพืช รัฐจะต้องมีการทำ risk assessment ก่อน⁵⁴ ซึ่ง risk assessment ที่กล่าวถึงใน SPS Agreement จะต้องเป็นการประเมินความเสี่ยงในกรณีหากปล่อยให้การนำสินค้านั้นๆ เข้าไปราชอาณาจักรแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบทางชีววิทยาและทางเศรษฐกิจ⁵⁵ ดังนั้น จึงควรเป็น ข้อสังเกตว่า ในการยกร่างกฎหมายว่าด้วยระบบความปลอดภัยทางชีวภาพของไทยในอนาคตนั้น หากจะให้ความสมดุลระหว่างพันธกรณีในกรอบ WTO กับการใช้หลักการใช้หลักความคุ้มครองก่อนแล้ว ควรจะต้องมีการกำหนดให้มีการดำเนินการจัดทำ risk assessment ด้วย

6.2.2 มาตรการชดเชยความเสียหาย และกำหนดความรับผิดชอบในกรณีปล่อยให้มีการปนเปื้อนของพืชตกแต่งพันธุกรรมในสภาพแวดล้อม

ปัจจุบันกฎหมายไทยยังไม่มีกรกล่าวถึงการชดเชยความเสียหายและกำหนดความรับผิดชอบของผู้ที่ปล่อยให้มีการปนเปื้อนของพืชตกแต่งพันธุกรรมในสภาพแวดล้อม โดยหากจะต้องนำกฎหมายที่มีอยู่มา ปรับใช้ก็อาจพอปรับใช้กฎหมายในเรื่องละเมิดได้⁵⁶ อย่างไรก็ตาม กฎหมายละเมิดก็ยังไม่มีความไม่ครอบคลุมความเสียหายจากการปนเปื้อนของพืชตกแต่งพันธุกรรมได้อย่างเหมาะสมและยังไม่ครอบคลุมใน

⁵³ มาตรา 5 พ.ร.บ. การส่งออกนอกและการนำเข้าในราชอาณาจักรซึ่งสินค้า พ.ศ. 2522

⁵⁴ ข้อ 5.1 SPS Agreement

⁵⁵ ภายใต้ SPS Agreement ได้มีการจำกัดความ risk assessment ว่าหมายความว่า “The evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a pest or disease within the territory of an importing Member according to the sanitary or phytosanitary measures which might be applied and, of the associated potential biological and economic consequences ; or the evaluation of the potential for the adverse effects on human or animal health arising from the presence of the additives, contaminants, toxins, disease-causing organism in foods, beverages or feedstuffs”

⁵⁶ มาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

หลายๆ ประเด็น เพราะกฎหมายละเมิดเปิดช่องให้เกษตรกรซึ่งปลูกพืชธรรมดาที่ไม่ใช่พืชดัดแปลงพันธุกรรมสามารถเรียกร้อง ค่าเสียหายจากผู้ที่ทำให้พืชของตนกลายเป็น GMO ได้ เพราะเป็นการทำให้ผู้อื่นเสียหายต่อทรัพย์สินหรือสิทธิ แต่ไม่สามารถเรียกร้องค่าเสียหายอื่นๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการที่พืชของตนกลายเป็น GMO ได้ เช่น ไม่สามารถเรียก ค่าเสียหายกรณีไม่สามารถจำหน่ายผลิตภัณฑ์ เพราะตลาดที่คนค้าขายอาจไม่ต้องการพืชดัดแปลงพันธุกรรม หรือ ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นหากต้องติดฉลากกำกับว่าสินค้าของตนกลายเป็นสินค้า GMO แล้ว หรือแม้แต่ค่าเสียหายที่ว่า ตนไม่สามารถโฆษณาว่าอ้างว่าสินค้าตนเป็นเกษตรอินทรีย์ได้อีกต่อไป นอกจากนี้ ยังควรมีการกำหนด ความรับผิดชอบผู้ที่ปล่อยให้มีการปนเปื้อนในสภาพแวดล้อมด้วย

6.3 ในกรณีที่ไทยเป็นประเทศส่งออกสินค้า GMO

โดยคำนึงถึงข้อสังเกตที่กล่าวไว้ตอนต้นของ 6.2 ดังนี้แล้ว ในอนาคตไทยอาจมีบทบาทเป็นประเทศผู้ส่งออกสินค้าเกษตรหรือสินค้าอื่นๆ ที่มีส่วนผสมของวัตถุดิบที่มีการดัดแปลงพันธุกรรม เช่น ผลิตภัณฑ์นม ถั่วเหลืองที่ผลิตจากเมล็ดถั่วเหลืองที่มีการดัดแปลงพันธุกรรม หรือการผลิตเสื้อผ้าที่ทอจากฝ้ายที่เมล็ดพันธุ์มีการดัดแปลงพันธุกรรม เป็นต้น ไทยจึงควรตระหนักด้วยว่า สินค้าที่ไทยส่งออกไปมีโอกาสที่จะประสบปัญหาถูก กีดกันจากประเทศนำเข้าสินค้าเหล่านี้ อย่างเช่นที่สหรัฐฯ ประสบในคดี EC biotech นี้เช่นกัน แล้วไทยควรพิจารณาอย่างไร?

จากข้อวิเคราะห์ร่าง พรบ.ว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ พ.ศ.... กอปรกับข้อวิเคราะห์คดี EC biotech ที่กล่าวไว้ข้างต้นนั้น ไทยในฐานะประเทศส่งออกสินค้า GMO ควรเตรียมความพร้อมในประเด็นดังต่อไปนี้

(ก) โดยคำนึงถึง การตีความของ WTO ใน EC biotech case ที่มีนัยเพื่อส่งเสริมการค้าเสรีมากกว่าจะพิจารณาประเด็นเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพ ซึ่ง Panel เน้นย้ำถึงการใช้มาตรการตาม SPS Agreement มากกว่าหลักเกณฑ์ของ Cartagena Protocol โดยให้เหตุผลว่า สหรัฐฯ มิได้เป็นภาคีพิธีสาร ดังนั้น Panel จะไม่พิจารณาหลักกฎหมายต่างๆ ในพิธีสาร

ดังนั้น ในฐานะประเทศผู้ส่งออกสินค้าที่มีการดัดแปลงพันธุกรรม ไทยควรพิจารณาประเด็นข้อกฎหมายตาม SPS Agreement เป็นหลัก ได้แก่ การมองหว่า ประเทศที่ไทยส่งออกสินค้าไปนั้น ได้ใช้มาตรการใดที่เป็นการกีดกันทางการค้าโดยไม่มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์รองรับ และรองรับอย่างเพียงพอ หรือไม่⁵⁷ และการใช้มาตรการดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างอำเภอใจและไม่เป็นธรรมหรือไม่⁵⁸ นอกจากนี้ มาตรการตาม SPS Agreement ดังกล่าวตั้งอยู่บนพื้นฐานของผลการทำ risk assessment หรือไม่⁵⁹ และมีผลจากการทำ risk assessment รองรับอย่างน้อยเพียงใด และในกรณีที่ไทยถูกอ้างว่า มาตรการที่ประเทศนำเข้าใช้เพื่อ กีดกันสินค้าที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมนั้นเป็นมาตรการชั่วคราวตามข้อ 5.7

⁵⁷ ข้อ 2.2 ของ SPS Agreement

⁵⁸ ข้อ 2.3

⁵⁹ ข้อ 5

ของ SPS Agreement นั้น ไทยสามารถเรียกร้องข้อมูลที่เกี่ยวข้องเพิ่มเติมรวมทั้งสามารถขอให้มีการทบทวน (review) การใช้มาตรการดังกล่าวได้⁶⁰ และหากมีความล่าช้าในการใช้มาตรการในทางปฏิบัติ (procedure) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการควบคุม ตรวจสอบ และการรับรอง (control, inspect and approve) ไทยก็ควรต้องพิจารณาหาองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับ “ความล่าช้าโดยไม่มีเหตุอันควร” ไว้ เพื่อใช้ประกอบการกล่าวอ้างหากประเทศที่นำเข้าสินค้ามีการประวิงเวลาการพิจารณาและไม่สามารถหาเหตุผลอันรับฟังได้ในการสนับสนุนว่า ความล่าช้านั้นมีเหตุอันควรรับฟังได้

(ข) โดยคำนึงถึงแนวทางการตีความของ ICJ ต่อ Precautionary Principle ตาม Cartagena Protocol : โดยคำนึงถึงทิศทางการตีความของ ICJ ต่อ Precautionary Principle หากมีข้อพิพาทระหว่างไทยในฐานะประเทศส่งออกกับประเทศผู้นำเข้าสินค้าจากไทย (ซึ่งได้รับความเสียหายจากการปรับใช้ Precautionary Principle ของประเทศนำเข้า) ไทยน่าจะเลือกที่นำเรื่องผ่านกระบวนการระงับข้อพิพาทของ WTO มากกว่ายื่นคำฟ้องต่อ ICJ เนื่องจาก WTO มีทิศทางในการตีความหลักดังกล่าวตาม SPS Agreement ซึ่งเอื้อต่อการค้าเสรีมากกว่า ICJ ซึ่งให้น้ำหนักกับประเด็นด้านการปกป้องสุขอนามัยของประชาชนมากกว่าการค้าเสรี

7. บทสรุป

จากการศึกษา interim report ของ WTO Panel ที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณา EC biotech case นี้และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเห็นได้ชัดว่า สิ่งมีชีวิตที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่องมีแนวโน้มที่จะเป็นประเด็นข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศพัฒนาแล้วด้วยกันเอง เช่นในคดีนี้และคดี Beef Hormone หรือจะเป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศกำลังพัฒนากับประเทศพัฒนาแล้ว

แนวโน้มสำคัญอีกประการหนึ่งที่เห็นได้จากคดี EC biotech products นี้ คือ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการปกป้องอันตรายที่จะเกิดขึ้นต่อสุขภาพ อนามัยของมนุษย์ พืชและสัตว์ ในที่นี้คือ หลักกฎหมายตาม SPS Agreement และตาม Cartagena Protocol นั้นยังมีแนวทางการปรับใช้และการตีความที่แตกต่างกัน รวมทั้งภาระการพิสูจน์ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจาก GMOs ด้วย โดย ICJ เน้นการตีความหลักกฎหมายอย่างกว้างเพื่อเอื้อต่อการปกป้องสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืน ในขณะที่ WTO ตีความมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการปกป้อง สุขภาพ อนามัยของมนุษย์ พืชและสัตว์อยู่ภายในกรอบของ SPS Agreement อย่างเคร่งครัด เพราะ WTO ให้ความสำคัญต่อการค้าเสรีเป็นหลัก

ดังนั้น ไทยจึงควรมีนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตที่มีการดัดแปลงพันธุกรรมและผลิตภัณฑ์สืบเนื่องเพื่อรองรับแนวโน้มที่เกิดขึ้น โดยกำหนด บทบาทที่ชัดเจนว่า ไทยจะต่อต้านสินค้าที่มีการดัดแปลง

⁶⁰ ข้อ 5.7

พันธกรรมหรือไทยจะรับสินค้าเหล่านั้น หรือไทยจะดำเนินนโยบายสายกลางโดยไม่ต่อต้าน แต่ไม่สนับสนุนสินค้าเช่นนั้น แต่อาจสร้างมาตรการที่ **“สมดุลงบธรรมและชอบธรรม”** ตาม SPS Agreement และตาม Cartagena Protocol ในการกีดกันสินค้าเหล่านี้อย่างถูกกฎหมาย ดังเช่นประเทศ EC บางประเทศมีมาตรการภายในกีดกันสินค้าจากสหรัฐฯ ในการวางตลาด แม้ว่าจะขาดองค์ประกอบบางประการตาม SPS Agreement ซึ่ง Panel เองก็ไม่ได้มีความเห็นว่า มาตรการดังกล่าวขัดต่อ SPS Agreement

และประการสำคัญ ร่าง พรบ.ว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพควรมีองค์ประกอบกฎหมาย (legal elements) ที่สอดคล้องกับ SPS Agreement เพื่อเสริมกับหลักกฎหมายในร่าง พรบ.ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มีความสอดคล้องกับหลักของ Cartagena Protocol อยู่แล้ว เพื่อสร้างสมดุลระหว่างการปฏิบัติตามพันธกรรมของ WTO และการคุ้มครองสุขภาพ อนามัยของมนุษย์ พืชและสัตว์ตาม Precautionary Principle ของ Cartagena Protocol

ในแนวโน้มที่เกิดขึ้น ประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น สหรัฐฯ ได้กล่าวอ้างในเวทีระหว่างประเทศ เช่น World Food Programme (WFP) ว่า การพัฒนาการตกแต่งพันธุกรรมอาหาร พืชและสัตว์นั้นเป็นสิ่งจำเป็น เพราะจะช่วยเพิ่มปริมาณอาหารของโลกเพื่อช่วยบรรเทาความหิวโหยและลดความยากจนในประเทศยากจนต่างๆ ซึ่งเป็น เป้าหมายที่หนึ่งของเป้าหมายการพัฒนาแห่งสหัสวรรษของสหประชาชาติ (UN Millennium Development Goals - MDGs) อย่างไรก็ตาม กระแสต่อต้านสินค้าที่มีการตกแต่งพันธุกรรมยังคงมีอยู่มาก ดังจะเห็นได้จากคดี EC biotech products และคดี Beef Hormone และการไม่รับบริจาคอาหารที่มีการตกแต่งพันธุกรรมของประเทศในทวีปแอฟริกา เพราะไม่มั่นใจว่า อาหารดังกล่าวมีความปลอดภัยเพียงพอ ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาศักยภาพของไทยที่เป็นประเทศเกษตรกรรมระดับแนวหน้า มีความหลากหลายทางชีวภาพอย่างมาก และมีความสามารถในการผลิตอาหารเพื่อการบริโภคในประเทศอย่างเพียงพอและส่งออกสินค้าเกษตรไปยังต่างประเทศจำนวนมาก กอปรกับการผลิตสินค้า GMO และการประเมินความเสี่ยงซึ่งเป็นพันธะตาม SPS Agreement มีต้นทุนสูงมาก จึงเป็นประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปว่า ไทยซึ่งมีศักยภาพด้านการเกษตรอินทรีย์เป็นทุนเดิมอยู่แล้ว **“จำเป็นหรือไม่”** ที่ไทยจะต้องเปลี่ยนรูปแบบการผลิตจากการเกษตรรูปแบบดั้งเดิมไปเป็นการเกษตรที่ต้องพึ่งเมล็ดพันธุ์และเมล็ดพืชที่มีการตกแต่งพันธุกรรมและถูกผูกขาดโดยบริษัทต่างชาติ หรือไทยควรหันมาส่งเสริมและสร้างความ แข็งแรงให้กับระบบการเกษตรอินทรีย์เพื่อให้ **“ไทยเป็นผู้นำการส่งออกสินค้าเกษตรอินทรีย์”** ไปยังต่างประเทศ ซึ่งไม่เพียงจะเป็นการลดการใช้สารเคมีในชีวิตประจำวันของเกษตรกร แต่จะช่วยเพิ่มรายได้ให้กับเกษตรกร เนื่องจากสินค้าเกษตรอินทรีย์มีราคาสูงกว่าสินค้าเกษตรปกติถึง 2 เท่า ที่สำคัญที่ผ่านมา สินค้าเกษตรอินทรีย์ยังไม่เคยถูกกีดกันจากประเทศใดๆ และยังไม่เคยเป็นประเด็นข้อพิพาททางการค้าระหว่างประเทศเลย

รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช:
ข้อเสนอและเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย

โดย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ สมชาย รัตนเชื้อสกุล

บทคัดย่อ

การเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม เป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งของอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity) เนื่องจากเป็นมาตรการที่จะทำให้การอนุรักษ์ความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมที่เป็นวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาประสบความสำเร็จ อย่างไรก็ตาม กระทั่งปัจจุบันประชาคมระหว่างประเทศยังไม่อาจหาข้อยุติเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ ตลอดจนรายละเอียดของการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์ได้

งานวิจัยนี้ได้มุ่งเน้นศึกษาการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยได้ศึกษาหลักเกณฑ์ และทฤษฎีทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์ ความเห็น ข้อเสนอแนะ และประสบการณ์ของประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวกับการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตลอดจนสถานการณ์ปัจจุบันของการเจรจาในการจัดทำหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

จากข้อสังเกตของการศึกษา งานวิจัยนี้ได้จัดทำข้อเสนอแนะเชิงนโยบายสำหรับประเทศไทย เพื่อภาครัฐจะได้ใช้ในการกำหนดนโยบาย กฎเกณฑ์ และทำที่เจรจาในเวทีระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช

Abstract

Access and benefit-sharing to the utilization of genetic resources is one of the primary objectives of the Convention on Biological Diversity. It helps preserving the diversity of the genetic resources and thus an accomplishment of the Convention's main objectives. However, international communities have not yet successfully elaborated on the regulations of this concern.

This research aimed primarily on the plant genetic resources. Principles and theories of the law, opinions, suggestions and experiences from many countries, and other negotiations related to the International Regime on Access and Benefit-sharing are exploited to the scenario of this study.

The synthesis of this research is the document of the policy recommendations for Thailand to instruct the regulation and standing point for the negotiation of an International Regime on Access and Benefit-sharing of plant genetic resources.

บทนำ

ข้อความเบื้องต้น

ผศ.สมชาย รัตนเชื้อสกุล*

1. ความสำคัญของงานวิจัย ที่มา และปัญหา

อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity - CBD) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญและมีบทบาทมากฉบับหนึ่ง เนื่องจากถือเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่วางกฎเกณฑ์การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม

ประเทศที่มีความหลากหลายทางชีวภาพ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ถือว่า CBD เป็นความสำเร็จอย่างยิ่งใหญ่ต่อการปกป้องทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตน รวมทั้งแก้ปัญหาความไม่เท่าเทียม ไม่ยุติธรรมที่เกิดจากการที่ประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรชีวภาพในประเทศของตนไปวิจัยและพัฒนาจนเป็นผลิตภัณฑ์ และขอรับความคุ้มครองผลการวิจัยตลอดจนผลิตภัณฑ์ดังกล่าวภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ในขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นเจ้าของทรัพยากรชีวภาพดังกล่าว กลับไม่ได้รับผลประโยชน์ตอบแทนอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม ประเทศกำลังพัฒนาเห็นว่าพฤติกรรมเช่นนี้ไม่ต่างจากการกระทำแย่งโจรสลัด เมื่อประเทศอุตสาหกรรมเรียกการผลิตสินค้าลอกเลียนสินค้าที่ได้รับ ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาว่า “สินค้าโจรสลัด” (Pirate Goods) การนำทรัพยากรชีวภาพไปใช้โดยไม่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนก็เรียกว่าเป็นพฤติกรรมแย่ง “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy)¹ ได้เช่นกัน

มาตรการทางกฎหมายสำคัญประการหนึ่งใน CBD คือ การกำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดจากทรัพยากรพันธุกรรมแก่ประเทศผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมนั้น อย่างไรก็ตาม การแบ่งปันผลประโยชน์มีประเด็นที่ต้องพิจารณา หรือกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดอีกหลายประการ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการเสนอประเด็นการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม (Certificate of origin) และการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior informed consent) เป็นมาตรการควบคู่กับมาตรการแบ่งปันผลประโยชน์ เพื่อเป็นเครื่องมือในการตรวจสอบว่า การใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์อย่างถูกต้องหรือไม่

ประเทศต่างๆ มีแนวคิด และกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน โดยอาจแยกได้เป็น 2 กลุ่มใหญ่ คือ

* อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

* ผู้วิจัยขอขอบคุณอาจารย์พิมพ์พา ปิยะเกศิน, อาจารย์ณัฐริกา จุงพล, อาจารย์อุบลวรรณ วรกานนท์ และอาจารย์พัชรี จิรติลก อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ที่ให้ความช่วยเหลือในการสืบค้นข้อมูล.

¹ ผู้สนใจโปรดดูเพิ่มเติมใน สมชาย รัตนเชื้อสกุล. “โจรสลัดชีวภาพ (Bio-piracy): ที่มา ปัญหา และแนวทางสำหรับประเทศไทย ภายใต้กรอบความตกลงทริปส์.” 33 นิติศาสตร์ 1 (มีนาคม 2546), น.98 - 126.

กลุ่มแรก คือ กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งสนับสนุนการบังคับใช้หลักการดังกล่าวอย่างเคร่งครัด เช่น ประเทศอินเดีย บราซิล เป็นต้น

กลุ่มที่สอง คือ ประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งแม้จะยอมรับการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ก็กังวลต่อกระบวนการต่างๆ ของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่อาจกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา และอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา อังกฤษ ญี่ปุ่น สวิตเซอร์แลนด์ เป็นต้น อนึ่งความคิดเห็นในกลุ่มนี้ยังมีความแตกต่างในรายละเอียดอยู่บ้างซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

ประเทศไทยได้ตรา พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่น่าหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD มาใช้ อย่างไรก็ตามก็ตีจนกระทั่งปัจจุบันหลักเกณฑ์รายละเอียดเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทย ซึ่งต้องตราเป็นกฎหมายลำดับรองยังอยู่ระหว่างการพิจารณาของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ยังไม่มีความชัดเจนว่าการแบ่งปันผลประโยชน์ตามกฎหมายไทยจะเป็นไปในรูปแบบใด

เนื่องจากแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นแนวคิดที่แพร่หลายไม่นานนัก ดังนั้นจึงยังมีความเห็นแตกต่างกัน และในหลายประเด็นยังขาดการพิจารณาศึกษาในรายละเอียดอย่างจริงจัง การวิจัยนี้จึงจะช่วยรวบรวมประเด็นต่างๆ ที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น และจะเป็นองค์ความรู้ที่เป็นประโยชน์ต่อการกำหนดนโยบาย และกฎเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทยต่อไป

2. ขอบเขตการวิจัย

งานวิจัยนี้จะศึกษาเฉพาะประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ โดยใช้หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ที่กำหนดใน CBD เป็นหลัก อย่างไรก็ตามเนื่องจาก CBD เป็นกฎหมายแม่บท (Umbrella Treaty) ที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม และได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางทั้งจากประเทศที่เป็นสมาชิกและที่มิได้เป็นสมาชิก แนวคิดแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจึงปรากฏอยู่ทั้งในข้อตกลงในระดับภูมิภาค และกฎหมายภายในของบางประเทศ ซึ่งผู้วิจัยจะหยิบยกข้อตกลงและกฎหมายดังกล่าวมากล่าวถึงเท่าที่เกี่ยวข้อ

การวิจัยนี้จะศึกษาถึงที่มา และแนวคิดของการแบ่งปันผลประโยชน์ หลักการ และองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์ อุปสรรค หรือปัญหาที่เกิดจากกระบวนการแบ่งปันผลประโยชน์ กระบวนการแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ และสถานการณ์ปัจจุบันของการเจรจาเพื่อกำหนดรายละเอียดของการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD ทั้งนี้ในการวิจัยจะได้นำการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นในต่างประเทศมาเป็นกรณีศึกษา

อย่างไรก็ดี สำหรับประเทศไทยนั้น กฎหมายลำดับรองที่เกี่ยวกับการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ยังไม่มีการประกาศใช้ อีกทั้งไม่ปรากฏการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเปิดเผย ทำให้งานวิจัยนี้มีข้อจำกัดที่ไม่อาจหาตัวอย่างการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในประเทศไทยมาเป็นกรณีศึกษาได้ จากการสัมภาษณ์ผู้เกี่ยวข้องพบว่า

การแบ่งปันผลประโยชน์ในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยนั้นไม่มีรูปแบบที่ชัดเจน และขึ้นอยู่กับความพึงพอใจในระหว่างคู่กรณีเป็นสำคัญ ดังนั้นการสังเคราะห์ข้อเสนอแนะทางนโยบายในงานวิจัยนี้จึงอาศัยการเทียบเคียงกับกรณีที่เกิดขึ้นในต่างประเทศ

3. ระเบียบวิธีวิจัย

การวิจัยนี้เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary research) โดยจะพิจารณาประวัติและพัฒนาการของหลักกฎหมายที่ปรากฏใน CBD และข้อตกลงระหว่างประเทศอื่นที่เกี่ยวข้อง เอกสาร ความเห็นที่เป็นทางการของประเทศสมาชิก CBD องค์กร หรือสถาบันต่างๆ ทั้งในและต่างประเทศ ความเห็นทางวิชาการในบทความ หรือเว็บไซต์ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งจะได้นำกรณีการแบ่งปันผลประโยชน์ที่เคยมีการดำเนินการมาแล้วในต่างประเทศขึ้นศึกษาเปรียบเทียบ เพื่อจะได้นำมาสังเคราะห์เป็นข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อไป

4. เป้าหมายของการวิจัย

งานวิจัยนี้มุ่งสร้างองค์ความรู้ในประเด็น การแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะนำไปสู่ความเข้าใจที่ชัดเจนของหลักการดังกล่าว อันจะเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดหลักเกณฑ์การแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทย รวมทั้งสร้างความเข้าใจในประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์แก่หน่วยงาน องค์กร บุคคลากร หรือผู้ที่เกี่ยวข้องต่างๆ

5. โครงงานวิจัย

งานวิจัยนี้ได้แบ่งเนื้อหาออกเป็น 4 บท ดังนี้

ในบทที่ 1 จะกล่าวถึงทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม เพื่อเป็นพื้นฐานให้เห็นแนวคิดทางทฤษฎีโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรม อันเป็นพื้นฐานของแนวคิดทฤษฎีและกฎหมายที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับข้อตกลงระหว่างประเทศต่อมา และมีอิทธิพลต่อกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ รวมทั้งประเทศไทยที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ในบทนี้ยังได้กล่าวถึงแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทย ซึ่งจะทำให้เห็นสภาพปัญหาเชิงแนวคิดต่อการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทย

บทที่ 2 จะกล่าวถึงรายละเอียดของการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ รูปแบบของการเข้าถึงมาตรการ หรือกลไกในการควบคุมการเข้าถึง รูปแบบ และประเภทของผลประโยชน์ทั้งที่เป็นผลประโยชน์ทางการเงิน และผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน ผู้มีส่วนได้เสียในการแบ่งปันผลประโยชน์ และเงื่อนไขในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์

บทที่ 3 จะกล่าวถึงการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม การได้รับความยินยอมล่วงหน้า และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในคำขอรับสิทธิบัตร ซึ่งถือเป็นมาตรการเสริมการบังคับการแบ่งปันผลประโยชน์ให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งยังเป็นประเด็นที่มีความเห็นแตกต่างกันอยู่ระหว่างประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งเกรงว่าการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวจะขัดต่อ TRIPS และเป็นอุปสรรคต่อการสร้างนวัตกรรม แต่ประเทศกำลังพัฒนากลับเห็นในทางตรงข้ามและพยายามผลักดันให้การบังคับใช้เงื่อนไขดังกล่าว รวมทั้งจะกล่าวถึงจุดยืนและข้อเสนอของประเทศไทยต่อประเด็นดังกล่าว

บทที่ 4 จะกล่าวถึงการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทย ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 แต่เนื่องจากกฎกระทรวง หรือระเบียบที่เกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ตามกฎหมายดังกล่าวยังไม่มีประกาศใช้บังคับ อีกทั้งตัวอย่างการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมยังไม่ปรากฏเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจน การวิเคราะห์ในส่วนนี้จึงทำโดยเทียบเคียงกับกรณีศึกษาในต่างประเทศ โดยจะวิเคราะห์ในประเด็นการได้รับความยินยอมล่วงหน้าก่อนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม การทำข้อตกลงร่วมกัน และการทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งข้อวิเคราะห์ดังกล่าวจะนำไปสู่ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทย

บทที่ 1

ทฤษฎี และหลักกฎหมายเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม

ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตลอดจนภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืช ล้วนแล้วแต่มีความสำคัญต่อเทคโนโลยีชีวภาพ กล่าวคือ ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นวัตถุดิบในการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพ ตลอดจนการปรับปรุงพันธุ์พืชสมัยใหม่ ส่วนภูมิปัญญาท้องถิ่นเป็นเสมือนกุญแจไขความลับของทรัพยากรพันธุกรรมพืช ภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นเสมือนกลไกที่ทำให้รู้ถึงการเพาะปลูก การคัดเลือก การพัฒนา การอนุรักษ์ ตลอดจนการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช ทรัพยากรพันธุกรรมพืชล้วนแล้วแต่ผูกติดอยู่กับภูมิปัญญาท้องถิ่น เปรียบเสมือนสองด้านของเหรียญ ทำให้การวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมทำได้ง่ายขึ้น

ประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรพันธุกรรมพืช และภูมิปัญญาท้องถิ่นไปใช้ประโยชน์ และขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเหนือผลิตภัณฑ์ที่ผลิตขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมพืช และภูมิปัญญาดังกล่าว ในหลายกรณีเป็นเพียงการวิจัยต่อยอดอีกเล็กน้อยจากสิ่งที่ได้รับไปเท่านั้น ประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้รับประโยชน์ตอบแทนใดๆ จากการมอบทรัพยากรพันธุกรรมพืช หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และในขณะเดียวกันประเทศกำลังพัฒนาได้รับการร้องขอให้รักษาสภาพแวดล้อม เพื่อคงความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชไว้ให้ดีที่สุด ลักษณะเช่นนี้เท่ากับเป็นการเอาเปรียบประเทศกำลังพัฒนา และยังเป็นการไม่ให้ความเคารพต่อชุมชนเกษตรกรที่เป็นผู้สร้างสรรค์ สังคม และส่งผ่านภูมิปัญญาดังกล่าว การแบ่งปันผลประโยชน์จึงเป็นหลักการหนึ่งที่ประเทศกำลังพัฒนาเสนอเพื่อลดการถูกเอารัดเอาเปรียบดังกล่าว

การแบ่งปันผลประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการกล่าวถึงเป็นครั้งแรกใน Brundtland Report ที่เสนอต่อสมัชชาที่ประชุมใหญ่แห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ.1987 ในรายงานฉบับดังกล่าวได้กล่าวยอมรับว่า การคุ้มครองชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตในธรรมชาติ (wildlife species) เป็นปัจจัยสำคัญต่อความอยู่รอดของมนุษยชาติ และประเทศกำลังพัฒนาซึ่งเป็นแหล่งที่มีชนิดพันธุ์เหล่านี้อย่างอุดมสมบูรณ์ มีสิทธิที่จะได้รับผลประโยชน์ตอบแทนจากชนิดพันธุ์ของสิ่งมีชีวิตดังกล่าว

รายงานของคณะกรรมการโลกว่าด้วยสิ่งแวดล้อมและการพัฒนา (World Commission on Environment and Development) ก็ระบุชัดเจนว่า “ประเทศกำลังพัฒนาต้องได้รับการรับรองว่าจะได้รับแบ่งปันผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการใช้พันธุกรรมในเชิงพาณิชย์”

แนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์จึงเกิดขึ้นและได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลายทั่วโลก เนื่องจากรู้สึกว่าการแบ่งปันผลประโยชน์จะสร้างความเป็นธรรมและเท่าเทียมแก่ประเทศกำลังพัฒนา การที่ประเทศกำลังพัฒนาได้รับส่วนแบ่งดังกล่าวยังเป็นปัจจัยสำคัญที่ย้อนกลับไปช่วยให้เกิดการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรม อันจะกลับมาเป็นวัตถุดิบในการค้นคว้าวิจัยแก่ประเทศอุตสาหกรรมต่อไปอีกด้วย

1. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรม ตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ในอดีตรัฐส่วนใหญ่แม้จะมีอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของตน แต่ก็มักจะให้พืช และพันธุ์พืชมีการเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนกันโดยเสรีจนเป็นแนวปฏิบัติที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม พืช หรือพันธุ์พืชที่ปรับปรุงหรือพัฒนาขึ้นโดยเทคโนโลยีสมัยใหม่จะอยู่ภายใต้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งผู้ครอบครองทรัพย์สินทางปัญญามักเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ประเทศกำลังพัฒนาเริ่มเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อพืช หรือพันธุ์พืชที่อยู่ในประเทศของตนมีสถานะที่ทัดเทียมกับพืช หรือพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์แล้ว และเรียกร้องให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้พันธุ์พืชของตนทำนองเดียวกับที่เกษตรกรในประเทศกำลังพัฒนาต้องซื้อพันธุ์พืชที่ปรับปรุงพันธุ์ และอยู่ภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา

ประเด็นที่ประเทศอุตสาหกรรมโต้แย้งการแบ่งปันผลประโยชน์เกิดจากแนวคิดที่ว่าพันธุ์พืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) ซึ่งทุกคนสามารถเข้าถึงและนำไปใช้ประโยชน์ได้โดยเสรี

หลักกฎหมายที่เกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงเป็นประเด็นพื้นฐานสำคัญของประเทศกำลังพัฒนาในการเรียกร้องสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในประเทศของตน ซึ่งรวมถึงสิทธิในการบริหารจัดการการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมของตน

(1) หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม (Permanent Sovereignty of State over Natural Resources)

อำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีมติที่ประชุมสมัชชาใหญ่ องค์การสหประชาชาติรับรองไว้หลายครั้ง มติครั้งสำคัญ คือ มติที่ 1803 ในปี ค.ศ. 1962 หลักดังกล่าวรับรองว่าแต่ละประเทศมีอำนาจอเหนือทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่ในดินแดนของตน หลักนี้เกิดจากข้อเรียกร้องของประเทศที่ตกเป็นอาณานิคม ที่ต้องการอ้างสิทธิเหนือทรัพยากรธรรมชาติของตน ซึ่งถูกประเทศเจ้าอาณานิคมนำไปใช้โดยประเทศเจ้าของทรัพยากรนั้นไม่ได้รับผลประโยชน์อย่างเหมาะสม หลักดังกล่าวเบื้องต้นมุ่งไปที่ทรัพยากรประเภทน้ำมัน แร่ธาตุ

หลักอำนาจอธิปไตยถาวรฯ จะใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืชด้วยหรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อมูลพันธุกรรมที่ควบคุมลักษณะที่แสดงออกภายนอกของพืช (Genotype) จะอยู่ในเซลล์ของพืช อำนาจอธิปไตยถาวรฯ จึงมีอยู่เหนือพันธุกรรมที่อยู่ในเซลล์ของพืชด้วย อย่างไรก็ตามการควบคุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชไม่อาจใช้วิธีการเดียวกับการควบคุมการใช้ทรัพยากรธรรมชาติชนิดอื่นได้ เนื่องจากลักษณะพิเศษของทรัพยากรพันธุกรรมดังได้กล่าวแล้วข้างต้น

ปัญหาอำนาจอธิปไตยฯ ซับซ้อนมากขึ้นจากจารีตประเพณีของประชาคมโลกในการใช้พันธุ์พืช เนื่องจากยอมรับกันว่าพันธุ์พืชควรเป็นสิ่งที่เคลื่อนย้าย หรือแลกเปลี่ยนกันโดยเสรี โดยผลของจารีตดังกล่าวทำให้แม้รัฐจะมีอำนาจอธิปไตยฯเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืช แต่ในอดีตที่ผ่านมารัฐปล่อยให้มีการเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชโดยเสรี

จารีตในการใช้พันธุ์พืชดังกล่าวมีสาเหตุมาจากพันธุ์พืชมีความสำคัญต่อมนุษย์ แม้ประเทศที่มีทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อุดมสมบูรณ์ก็ยังคงพึ่งพาพันธุ์พืชจากประเทศอื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ทุกประเทศต้องพึ่งพาทรัพยากรพันธุกรรมจากประเทศอื่น การเคลื่อนย้ายแลกเปลี่ยนพันธุ์พืชนับแต่อดีตทำให้มนุษย์มีพันธุ์พืชต่างๆ ที่ใช้ประโยชน์ในปัจจุบัน การให้ประเทศใดประเทศหนึ่งหวงกั้นพันธุ์พืช นอกจากจะเป็นผลเสียต่อประเทศนั้นเองแล้ว ยังกระทบต่อการพัฒนาพันธุ์พืช และประโยชน์โดยรวมของมนุษยชาติอีกด้วย แต่การให้พันธุ์พืชเคลื่อนย้ายโดยเสรีเป็นประโยชน์ต่อประเทศอุตสาหกรรมมากกว่าประเทศกำลังพัฒนาที่ขาดแคลนเทคโนโลยีที่จะนำมาใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์จากพันธุ์พืช แต่ขณะเดียวกันพันธุกรรมที่ผ่านการปรับปรุงเป็นพันธุ์พืชใหม่กลับอยู่ภายใต้สิทธิทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศกำลังพัฒนาจึงผลักดันให้นำหลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind) มาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลกันระหว่างประเทศอุตสาหกรรมและประเทศกำลังพัฒนา

(2) หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Heritage of Mankind)

หลักมรดกร่วมกันของมนุษยชาติ มีวัตถุประสงค์ขั้นพื้นฐานเพื่อการแบ่งปันทรัพยากรธรรมชาติของโลกที่ถือว่าเป็นทรัพย์สินมรดกที่ใช้ร่วมกัน เดิมหลักนี้มุ่งคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่นอกดินแดนของรัฐ ไม่ใช้กับทรัพยากรที่อยู่ในเขตแดนของรัฐ เพื่อป้องกันการใช้ทรัพยากรธรรมชาติมากเกินไปจากรัฐ หรือบุคคลที่มีเทคโนโลยีสูง และทำให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่อาจใช้ประโยชน์จากทรัพยากรนั้นได้อีก ในภายหลัง ภายใต้หลักนี้จะไม่มีประเทศใดประเทศหนึ่งอ้างสิทธิเป็นเจ้าของทรัพยากรได้แต่ผู้เดียว ทุกๆ ประเทศจะต้องร่วมกันจัดการและรับผิดชอบ รวมทั้งได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ร่วมกัน และจะต้องใช้ทรัพยากรนั้นเพื่อการสันติ

ข้อถกปฏิบัติสากลว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร (International Understanding of Plant Genetic Resources for Food and Agriculture-IUPGR) ของ FAO จึงได้นำหลักมรดกร่วมกันฯ มาใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมพืช โดยมุ่งหวังให้ครอบคลุมพันธุกรรมพืชที่มีอยู่ตามธรรมชาติ และที่ถูกปรับปรุงพันธุ์ด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่แล้วด้วย อย่างไรก็ตามประเทศอุตสาหกรรมไม่เห็นด้วยที่จะให้พันธุกรรมที่ปรับปรุงด้วยเทคโนโลยีสมัยใหม่อยู่ภายใต้หลักดังกล่าว โดยอ้างว่าจะกระทบต่อสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeder Rights) ดังนั้นการนำหลักมรดกร่วมกันฯ มาใช้จึงไม่สามารถแก้ไขปัญหาความไม่ทัดเทียมที่เกิดขึ้นได้ ความขัดแย้งระหว่างประเทศกำลังพัฒนา และประเทศอุตสาหกรรมจึงยังคงดำรงอยู่ต่อไป

ข้อขัดแย้งดังกล่าวนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติม IUPGR ในเชิงประนีประนอมระหว่างประเทศกำลังพัฒนา และประเทศอุตสาหกรรม โดยให้ถือว่าสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชไม่ขัดแย้งกับหลักการของ

IUPGR ขณะเดียวกันให้ถือว่าการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยเสรีนั้นมิได้หมายความว่า เป็นการเข้าถึงได้ โดยไม่มีค่าตอบแทนค่าตอบแทน

อย่างไรก็ดีการแก้ไขดังกล่าวเป็นเพียงการแก้ไขในเชิงถ้อยคำเท่านั้น เพราะในความเป็นจริงสิทธิ นักปรับปรุงพันธุ์พืช จำกัดสิทธิของเกษตรกรในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นอย่างมาก ซึ่งขัดกับหลักมรดกร่วมกันซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ IUPGR

เพื่อถ่วงดุลกับสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช IUPGR ได้รับรองหลักสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) ซึ่งเป็นหลักที่ยอมรับบทบาท และความสำคัญของเกษตรกรในการอนุรักษ์ และพัฒนาพันธุกรรมพืชทั้งในอดีต ปัจจุบันและอนาคต

อย่างไรก็ดีประเทศอุตสาหกรรมก็ยังไม่ยอมรับ IUPGR และไม่สนับสนุนด้านเงินทุน ทำให้การบริหารจัดการตาม IUPGR ขาดประสิทธิภาพ จึงมีการแก้ไข IUPGR อีกครั้งในปี ค.ศ.1991 โดยเพิ่มเติมหลักการว่า หลักมรดกร่วมกันจะอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐที่ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นตั้งอยู่

(3) หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม (Sovereign Rights)

อนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (Convention on Biological Diversity-CBD) และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร (International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture-ITPGR) ซึ่งแก้ไขจาก IUPGR เพื่อให้สอดคล้องกับ CBD ถือเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรง ได้กำหนดให้ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ รัฐที่เป็นที่ตั้งของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิบริหารจัดการทรัพยากรนั้นได้

การเปลี่ยนมาใช้หลักสิทธิอธิปไตย เป็นผลดีต่อประเทศกำลังพัฒนามากกว่าให้อยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกัน เพราะทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศกำลังพัฒนามีสถานะเท่าเทียมกับพันธุกรรมที่ปรับปรุงแล้วของประเทศอุตสาหกรรม ประเทศอื่นต้องยอมรับในสิทธิที่รัฐมีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมนั้น การยอมรับสิทธิดังกล่าว นำไปสู่การเรียกร้องผลประโยชน์ตอบแทนจากการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ และการได้รับผลประโยชน์ยังช่วยกระตุ้นให้รัฐส่งเสริมสนับสนุนการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมของตน และการเปลี่ยนมาใช้หลักสิทธิอธิปไตยน่าจะเป็นไปได้สูงกว่าการพยายามยืนยันหลักมรดกร่วมกัน และผลักดันให้พันธุกรรมที่ปรับปรุงแล้วของประเทศอุตสาหกรรมอยู่ภายใต้หลักมรดกร่วมกัน

มีข้อสังเกตว่าแม้ CBD จะใช้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม แต่ร่องรอยของหลักมรดกร่วมกัน ก็ยังปรากฏเค้ารางอยู่ โดย CBD ถือว่าปัญหาของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ (Common Concern of Mankind)

ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐประกอบกับหลักความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติ ทำให้รัฐมีอำนาจบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้นได้ เช่น สามารถวางกฎเกณฑ์ในการเข้าถึง การใช้ประโยชน์ และการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่การบริหารจัดการจะต้องคำนึงถึงสิทธิของประเทศอื่นในการเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมด้วย และการบริหารจัดการจะต้อง

คำนึงถึงหน้าที่ร่วมกันในการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อประโยชน์ของคนในอนาคด้วย ดังนั้นรัฐจะไม่มีเสรีภาพอย่างเต็มที่ในการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่มีขอบเขตจำกัด แต่ต้องใช้อำนาจอธิปไตยอย่างรับผิดชอบเพื่อเป็นหลักประกันว่า กิจกรรมในความควบคุมของรัฐจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมของรัฐนั้น หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่ดินแดนของรัฐอื่น และเป็นหน้าที่ของทุกรัฐที่จะต้องร่วมมือแก้ไขปัญหาของประชาคมระหว่างประเทศ

CBD ไม่เน้นความเป็นเจ้าของ (Ownership) ทรัพยากรธรรมชาติของรัฐ แต่ให้รัฐอยู่ในฐานะเป็นผู้ปกป้องคุ้มครอง (Stewardship) ทรัพยากรมากกว่า และเน้นความสัมพันธ์ในระหว่างประเทศภาคีในการร่วมมือจัดการทรัพยากรพันธุกรรม

มีข้อสังเกตอีกประการหนึ่งว่า ทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐ (Permanent Sovereignty of State) ทรัพยากรพันธุกรรมจึงอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยของรัฐอยู่แล้ว เหตุใด CBD และ ITPGR จึงใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” แทนที่จะใช้คำว่า “อำนาจอธิปไตย”

เหตุที่ CBD ใช้คำว่า “สิทธิอธิปไตย” น่าจะมีสาเหตุมาจากการให้สิทธิในการจัดการทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในบริเวณเขตเศรษฐกิจจำเพาะด้วย ซึ่งในบริเวณนี้รัฐมีเพียงสิทธิอธิปไตยเท่านั้น ทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของรัฐยังคงอยู่ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐนั้น

คำอธิบายเช่นนี้สอดคล้องกับถ้อยคำในส่วนอารัมภบท CBD ฉบับภาษาฝรั่งเศสที่ใช้คำที่หมายถึงอำนาจอธิปไตย (droit souverains) แต่ในมาตรา 15 ใช้คำที่มีความหมายถึงสิทธิอธิปไตย (droit de souverainete) และในเอกสารของ FAO เองก็กล่าวถึงสิทธิอธิปไตยของรัฐ (Sovereign Rights) เหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชโดยอ้างมติที่ 1803 ของสมัชชาที่ประชุมใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ ซึ่งเป็นมติที่รับรองหลักอำนาจอธิปไตยถาวรของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ (Permanent Sovereignty of State over Natural Resources)

ดังนั้นกล่าวโดยสรุป ทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในเขตแดนของรัฐๆ นั้นบริหารจัดการได้ภายใต้หลักอำนาจอธิปไตย ส่วนการบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชในดินแดนที่รัฐมีสิทธิอธิปไตยให้อยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตย แต่ทั้งนี้การบริหารจัดการจะต้องคำนึงถึงความห่วงใยร่วมกันของมนุษยชาติที่มีต่อทรัพยากรพันธุกรรม

2. หลักกฎหมายเกี่ยวกับสถานะของทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทย

(1) ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรม

ในสมัยอยุธยา² รูปแบบการปกครองจะเป็นแบบรัฐอาณัติจักร³ ซึ่งเปิดโอกาสให้เมืองต่างๆ รวมทั้งดินแดนในเขตประเทศราชมีอิสระในการปกครองตนเองระดับหนึ่ง ภาครัฐจะอยู่ในฐานะสมมุติ

² ในสมัยสุโขทัยไม่ปรากฏข้อมูลเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แม้ในศิลาจารึกของพ่อขุนรามคำแหงก็ระบุข้อมูลเกี่ยวกับหนองน้ำสาธารณะเท่านั้นที่ให้อธิว่าเป็นของทุกคน โปรดดู หลวงสุทิวาทนฤพณี. คำบรรยายประวัติศาสตร์ชั้นปริญญาโท. (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2516), น.146.

เทพและเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด⁴ และจัดสรรที่ดินผ่านระบบศักดินา แต่รัฐรับรองสิทธิของราษฎรในการจับจองที่ดินรกร้างว่างเปล่า โดยต้องแบ่งผลประโยชน์แก่รัฐในรูปของภาษีอากร ทั้งนี้ราษฎรมีเพียงสิทธิทำกินในที่ดินเท่านั้นไม่ได้เป็นเจ้าของ

เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเริ่มขยายตัวในประเทศไทย ระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินภายใต้ระบบศักดินาไม่อาจรองรับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวได้⁵ ระบบเศรษฐกิจแบบตลาดผลักดันให้ไทยต้องเปลี่ยนแปลงแนวคิดของระบบกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ประกอบกับแนวคิดรัฐชาติ หรือรัฐสมัยใหม่เริ่มก่อตัวขึ้น จึงจำเป็นต้องกำหนดอาณาเขตดินแดนที่แน่นอนเพื่อกำหนดอำนาจรัฐ รวมทั้งเพื่ออ้างสิทธิในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติในเขตแดนนั้น โดยเฉพาะทรัพยากรธรรมชาติประเภทป่า⁶ แต่ในทางปฏิบัติกรรมสิทธิ์ของรัฐไม่ตัดสิทธิในการเข้าถึงหรือใช้ประโยชน์จากป่าไม้ของชุมชนโดยสิ้นเชิง

หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐได้ขยายตัวขึ้นอย่างมาก เกิดการจำกัดกิจกรรมการใช้ประโยชน์จากป่า จากเดิมที่เน้นควบคุมชนิดของไม้ที่ใช้ประโยชน์ และผลิตผลไม้จากป่า มาเป็นการกีดกันชุมชนท้องถิ่นในการใช้ประโยชน์จากป่า โดยการออกกฎหมายเกี่ยวกับป่าสงวนแห่งชาติ ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้ความสนใจ “ป่า”⁷ ในฐานะที่เป็นพื้นที่จากเดิมที่สนใจเฉพาะต้นไม้⁸ การ

³ การปกครองในรูปแบบรัฐอาณาจักรแบ่งการปกครองเป็น 3 ส่วน คือ 1. ศูนย์กลางอำนาจรัฐ หรือเมืองหลวง 2. เมืองหน้าด่าน หรือเมืองลูกหลวง และ 3. เมืองประเทศราช.

⁴ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ในสมัยอยุธยา กำหนดว่า “ที่ในแคว้นแคว้นกรุงเทพมหานครศรีอยุธยา เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายเป็นผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นที่ราษฎรหาไม่ได้”.

⁵ ระบบเศรษฐกิจตลาดทำให้เกิดกลุ่มทางสังคมใหม่ๆ ที่ไม่มีสถานะในระบบศักดินา และกีดกันระบบศักดินาให้อ่อนแอลง.

⁶ เดิมผลประโยชน์จากทรัพยากรประเภทป่าจะตกอยู่กับเจ้าเมืองหน้าด่าน หรือผู้ครองประเทศราชต่างๆ เช่น ชาติตะวันตกที่ต้องการตัดไม้ในป่าภาคเหนือต้องทำข้อตกลงกับเจ้าผู้ครองนคร ทำให้ผลประโยชน์ไม่ตกกับรัฐบาลกลาง จึงมีการเปลี่ยนแปลงการจัดการป่าไม้เป็นการรวมศูนย์ที่รัฐบาลกลาง.

⁷ ความหมายของ “ป่า” ถูกเปลี่ยนแปลงตลอดเวลาเป็นผลมาจากอิทธิพลทางการเมือง ผลประโยชน์ และอำนาจที่มีต่อป่าธรรมชาติ คำว่า “Forest” มีรากศัพท์จากภาษาละติน “*foris*” หมายถึง “ภายนอก” คำกริยาในภาษาละติน “*forestare*” หมายถึง “การกันออกไป การวางเส้นแบ่ง และการขีดกัน” ในอังกฤษเคยถูกใช้ในความหมายว่า “ที่ที่เก็บรักษาควาง” และมีกฎหมายคุ้มครองควางกำกับอยู่ นับแต่ศตวรรษที่ 11 ความหมายของป่า ได้เปลี่ยนจากพื้นที่ที่ถูกคุ้มครองโดยกฎหมายเฉพาะเป็น “พื้นที่ที่ปกคลุมด้วยต้นไม้ โปรดดูป็นแก้ว เหลืองอร่ามศรี.” “ความจริง วัฒนธรรมและความเชื่อ: การเมืองและการผลิตความรู้ป่าไม้ในไทย” ใน ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร. ความรู้กับการเมืองเรื่องทรัพยากร. (กรุงเทพฯ: ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร, 2548), น.16 เชิงอรรถที่ 8 .

⁸ เดิมจะให้ความสำคัญกับเฉพาะมูลค่าของเนื้อไม้ พยายามเปลี่ยนแปลงระบบนิเวศป่าตามธรรมชาติให้เป็นพื้นที่ของต้นไม้ที่มีค่าไม่กี่ชนิด ที่มีอายุเท่าๆ กัน เติบโตอย่างสม่ำเสมอ และให้เนื้อไม้เพื่อป้อนอุตสาหกรรมป่าไม้ วิธีการในการจัดการป่าจะเน้นการสร้างมาตรวัดและการคำนวณ โดยทำให้ป่ามีความหลากหลายน้อยที่สุด หมายความว่า ไม้ที่ไม่มีค่าและระบบกระบวนการผลิตเนื้อไม้ควรตัดออก ใช้วิธีการคำนวณทางคณิตศาสตร์เพื่อประมาณการเนื้อไม้ในป่าและผลผลิตที่จะขายได้ และวางแผนในการตัดไม้ที่ทำให้เวียนตัดไม้ในแต่ละปีได้อย่างต่อเนื่อง ป่าจะมีลักษณะใกล้เคียงกับสวนป่าทำให้ควบคุมได้ง่ายขึ้น เป็นการลดทอนความซับซ้อนของป่าให้กลายเป็นสินค้าที่มีประโยชน์เพียงอย่างเดียวคือ เนื้อไม้ ต่อมาเมื่อการใช้ประโยชน์จากป่าขยายตัวจากประโยชน์ทางเศรษฐกิจไปสู่ประโยชน์ทางวัฒนธรรมและสุนทรียศาสตร์ ป่าอนุรักษ์และการอนุรักษ์ป่าเพื่อสุนทรียศาสตร์และระบบนิเวศจึงเกิดขึ้น โดยพัฒนาแยกป่าบางประเภทออกจากป่าเพื่อการผลิตเนื้อไม้ และสร้างหน้าที่ใหม่ๆ ให้แก่ป่า เช่น ป่าอุทยานแห่งชาติ เพื่อการท่องเที่ยว เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เพื่อเป็นที่อยู่ของสัตว์ป่า ป่าลุ่มน้ำชั้น A เพื่อเป็นแหล่งต้นน้ำ อย่างไรก็ตามการจัดการป่ายังคงรวมศูนย์อยู่ที่รัฐส่วนกลาง และไม่มีป่าประเภทใดถูกจัดเพื่อตอบสนองต่อชุมชนท้องถิ่น โปรดดูรายละเอียดใน ปิ่นแก้ว เหลืองอร่ามศรี. เพ็ญอ้าง, น.8-42.

ขยายอำนาจรัฐมีลักษณะเป็นการอ้างและโอนอำนาจเหนือทรัพยากรเป็นของรัฐโดยเด็ดขาด แยกคนออกจากป่า⁹ ขยายการให้ความสำคัญจากไม้สักไปสู่ไม้ชนิดอื่นๆ และขยายต่อไปยังพื้นที่ป่าเพื่อหวงกันพื้นที่เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและการอนุรักษ์ ใช้ระบบโนนดที่ดินตามประเทศตะวันตกเป็นระบบหลักในการตรวจสอบสิทธิ รวมศูนย์อำนาจการบริหารทั้งหมดไว้กับรัฐ โดยได้ออกกฎหมายเพื่อบริหารจัดการป่าตามประเภทของพื้นที่ทางนิเวศวิทยา เช่น ป่าอนุรักษ์ต้นน้ำ อุทยานแห่งชาติ เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่า เขตห้ามล่าสัตว์ ป่าเศรษฐกิจ ฯลฯ

รัฐยังได้อ้างสิทธิเหนือทรัพยากรประเภทอื่นด้วย เช่น ทรัพยากรประมงและชายฝั่ง โดยรัฐจัดให้เป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ทำให้รัฐมีสิทธิในการบริหารจัดการทั้งหมด

ในปัจจุบันกล่าวได้ว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐเป็นส่วนใหญ่ โดยผ่านการอ้างสิทธิเหนือพื้นที่ในฐานะเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน¹⁰

(2) ระบบกรรมสิทธิ์เอกชนเหนือทรัพยากรพันธุกรรม

เมื่อระบบเศรษฐกิจแบบตลาดขยายตัวมากขึ้น รูปแบบเกษตรเพื่อการส่งออกทำให้เอกชนเกิดความต้องการที่ดินเพิ่มขึ้น ทศนะคติของคนไทยเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่ดินเปลี่ยนแปลงไป เกิดความต้องการเอกสารที่ดิน เช่น โฉนดตามแบบระบบตะวันตกมากขึ้น เพราะเห็นว่าที่ดินมีคุณค่าทางเศรษฐกิจในตัวเอง อีกทั้งกรรมสิทธิ์ในที่ดินส่วนบุคคลยังเป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ที่ถือว่าที่ดินเป็นทุน ทำให้ที่ดินถูกผลักเข้าสู่ระบบตลาดในฐานะสินค้าประเภทหนึ่ง และควรปล่อยให้ไปไปตามกลไกตลาดเสรีที่เชื่อว่า จะทำให้การจัดสรรที่ดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุด แนวคิดดังกล่าวต่างจากแนวคิดในสมัยอยุธยา และเห็นว่าเป็นแนวคิดที่ล้าสมัยไม่สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจแบบตลาด และไม่เหมาะสมอีกต่อไป

⁹ การอ้างสิทธิครอบครองดินแดนเหนือพื้นที่ป่าไม้เป็นกลไกสำคัญในการเข้าครอบครองทรัพยากรป่า และให้รัฐผูกขาดการใช้ประโยชน์ด้วยความชอบธรรม ทำให้ป่าเป็นสินค้าของชาติ อำนาจทางการเมืองจะเป็นผู้กำหนดว่าพื้นที่ใดเป็นป่า ผู้ใดมีสิทธิเข้าถึงป่าไม้ หรือเงื่อนไขในการเข้าถึง กระบวนการนี้ทำให้วิถีชีวิตของชุมชนท้องถิ่นไม่ว่าจะเป็นเกษตรกรรมพื้นบ้านแบบไร้มูลเงิน การใช้ไม้ และการเก็บหาของป่ากลายเป็นความผิดตามกฎหมาย.

¹⁰ แนวคิดเรื่องสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเริ่มมีตั้งแต่สมัยโรมัน โดยเรียกว่า *"res publicae"* ซึ่งหมายถึง "ทรัพย์สินที่ประชาชนทั่วไปสามารถใช้สอยร่วมกันได้" และมีอิทธิพลต่อกฎหมายทั้งในระบบคอมมอนลอว์ และซีวิลลอว์ Gaius ได้แบ่งประเภทของทรัพย์สินในสมัยโรมันออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ คือ 1. ทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ได้ (*res quae in nostro patrimonio*) 2. ทรัพย์สินที่เอกชนถือกรรมสิทธิ์ไม่ได้ (*res extra nostrum patrimonium*) โดยในส่วนของทรัพย์สินที่เอกชนถือครองกรรมสิทธิ์ไม่ได้ ยังแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. ทรัพย์สินสวรรค์ (*divine juris*) และ 2. ทรัพย์สินมนุษย์ (*humani juris*) และ Gaius ยังแบ่งทรัพย์สินมนุษย์ออกเป็น 2 ประเภท คือ 1. ทรัพย์สินของเอกชน (*res Mancipi*) และ 2. ทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของเอกชน (*res nec Mancipi*) ซึ่งทรัพย์สินที่ไม่ใช่ของเอกชนได้แบ่งย่อยออกเป็น 4 ประเภท คือ 1. ทรัพย์สินของมวลมนุษยชาติ (*res communes*) 2. ทรัพย์สินของมหาชน (*res publicae*) 3. ทรัพย์สินของชุมชน (*res universitatis*) 4. ทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ (*res nullius*) โปรดดู สุนทรียา เหมือนพะวงศ์. "การใช้และการคุ้มครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน." วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ.2537, น.5.

การเปลี่ยนแปลงทัศนคติดังกล่าวส่งผลให้เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่เพิ่มขึ้นจากความต้องการกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และเป็นปัจจัยสำคัญที่ผลักดันให้รัฐต้องสถาปนาระบบกรรมสิทธิ์ที่ดินที่เป็นแบบแผนยิ่งขึ้น ซึ่งสอดคล้องกับนโยบายของรัฐที่ต้องการควบคุมพื้นที่ที่ได้กล่าวมาแล้ว

รัฐยังส่งเสริมการเกษตรเชิงพาณิชย์อย่างเป็นระบบโดยอาศัยแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ตั้งแต่ฉบับแรกเป็นต้นมา เร่งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อสอดคล้องกับการเกษตรเชิงพาณิชย์ เร่งการออกเอกสารสิทธิในที่ดินให้กับเอกชน ลักษณะเช่นนี้ทำให้ทรัพยากรธรรมชาติบางส่วนตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชน

พลังของระบบเศรษฐกิจแบบเสรี เพื่อปรับเปลี่ยนทรัพยากรให้เป็นทรัพย์สินเอกชนยังผ่านมาทางสถาบันการเงินระหว่างประเทศ จากนโยบายการให้ความช่วยเหลือทางการเงิน โดยเฉพาะในช่วงที่ประเทศไทยประสบวิกฤตเศรษฐกิจในช่วง พ.ศ. 2540 องค์การการเงินระหว่างประเทศ ธนาคารโลก ธนาคารพัฒนาเอเชียต่างเร่งให้ประเทศไทยปรับโครงสร้างเกี่ยวกับทรัพยากรทั้งระบบ ทั้งที่ดิน ป่าไม้ แร่ธาตุ หรือแม้กระทั่งน้ำให้สอดคล้องกับโครงสร้างระบบเศรษฐกิจแบบเสรี

(3) ผลกระทบของหลักกรรมสิทธิ์ต่อระบบจัดการทรัพยากรตามจารีตท้องถิ่น

เดิมชุมชนท้องถิ่นจะมีจารีตประเพณี ธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับทรัพยากร ที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ กฎเกณฑ์การใช้ประโยชน์ และการดูแลรักษา¹¹ ซึ่งมีลักษณะเด่นที่เน้นระบบกรรมสิทธิ์ และระบบจัดการร่วมกัน เป็นระบบที่มีความซับซ้อนกันระหว่างสิทธิของปัจเจกบุคคลและสิทธิของชุมชน ระบบนี้จะต่างจากแนวคิดการจัดการทรัพยากรสมัยใหม่ตามแนวคิดตะวันตกที่แยกเพียงระบบกรรมสิทธิ์เอกชน และระบบกรรมสิทธิ์ของรัฐเท่านั้น

ระบบจัดการทรัพยากรตามจารีตท้องถิ่นเป็นระบบกรรมสิทธิ์ที่รับรองโดยความสัมพันธ์ภายในชุมชนมากกว่าการใช้ระบบเอกสารสิทธิ เน้นการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรมากกว่าสิทธิถือครอง แม้ผู้ใดจะได้สิทธิในการใช้ประโยชน์แต่ก็ต้องคำนึงถึงชุมชน สิทธิดังกล่าวจึงไม่เหมือนกับสิทธิเด็ดขาดเหนือทรัพย์สินตามแนวคิดตะวันตก และทรัพยากรบางส่วนจะเป็นทรัพย์สินร่วมกันของชุมชน ภายใต้ระบบทรัพย์สินร่วมของชุมชน ชุมชนจะเป็นทั้งผู้ใช้และผู้จัดการ และมีลักษณะเป็นสถาบันทางสังคมที่ก่อตั้งขึ้นบนระเบียบ กฎเกณฑ์ที่ยอมรับและปฏิบัติสืบเนื่องต่อกันมา และจะมีลักษณะเป็นสิทธิเชิงซ้อน กล่าวคือในทรัพยากรหนึ่ง ๆ จะมีสิทธิที่ทับซ้อนกันอยู่ เช่น ที่นาผืนหนึ่งจะมีปัจเจกชนเป็นเจ้าของ แต่ชุมชนมีสิทธิในการใช้ที่ดิน เจ้าของนาเป็นเจ้าของต้นข้าวที่ปลูก แต่สัตว์ในท้องนาที่เกิดตามธรรมชาติ เช่น กุ้ง หอย ปู สมาชิกในชุมชนสามารถเข้าไปจับได้ เป็นต้น

¹¹ ความรู้สึกรักและหวงแหนป่าของคนไทยส่วนหนึ่งมีพื้นฐานมาจากศาสนาพุทธที่ให้ความสำคัญกับป่าเป็นอย่างมาก แนวความคิดของคนไทยเกี่ยวกับป่าเปลี่ยนแปลงไปตามแนวคิดตะวันตกที่มองมนุษย์แยกจากธรรมชาติ และต้องการควบคุมจัดการธรรมชาติ เพื่อบั่นแบ่งธรรมชาติอันจะนำมาสนองความต้องการของมนุษย์.โปรดดูเพิ่มเติมใน พระธรรมปิฎก (ป.อ.ปยุตโต). คนไทยกับป่า. (กรุงเทพฯ: องค์การคำคุรุสภา, 2543), น.24-34,45-46.

ระบบทรัพย์สินร่วมกันของชุมชนจึงเป็นระบบเชิงซ้อน แม้จะจำแนกระบบกรรมสิทธิ์เป็นประเภทๆ ได้ แต่ไม่อาจแยกระบบกรรมสิทธิ์ออกจากกันได้ในความเป็นจริงโดยทุกระบบจะคงอยู่พร้อมกันบนทรัพยากรเดียวกัน และมีความผสมผสานกัน ซึ่งเป็นผลมาจากจารีตและวัฒนธรรมเหนือทรัพยากรที่สั่งสมมาอย่างยาวนาน

การนำระบบกรรมสิทธิ์เชิงเดี่ยวที่แยกแยะแต่ละระบบออกจากกันอย่างชัดเจน ทั้งที่ไม่อาจทำได้ในสภาพความเป็นจริงจึงก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนในการใช้และจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ก่อให้เกิดความขัดแย้งระหว่างเอกชนกับชุมชน ทำให้ระบบจัดการทรัพย์สินร่วมกันของชุมชนเสื่อมลง การแยกสิทธิถือครองออกจากการใช้ประโยชน์ทำให้เกิดการเก็งกำไรในราคาที่ดิน โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์จากการผลิตจากที่ดินนั้นอย่างแท้จริง รัฐมองข้ามระบบกรรมสิทธิ์ร่วมกันของชุมชน และถือว่าทรัพยากรในส่วนนี้เป็นของ “รัฐ” ในฐานะสาธารณะสมบัติของแผ่นดินและเป็นผู้ควบคุมแต่เพียงผู้เดียวโดยเด็ดขาด

การลดทอนความซับซ้อนของป่าธรรมชาติภายใต้วิชาการป่าไม้ของตะวันตก เพื่อให้การบริหารจัดการง่ายและเป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากที่สุด ทำให้ระบบอื่นที่ทับซ้อนอยู่กับป่า เช่น สิทธิของชุมชน การใช้ประโยชน์และการจัดการป่าของชุมชนถูกตัดออกไป ทำให้เกิดนโยบายแยกคนออกจากป่า และอ้างว่าวิธีการบริหารจัดการป่าสมัยใหม่มีความเป็นวิทยาศาสตร์มากกว่า และเหมาะสมกว่าการใช้ความเชื่อที่สืบทอดทางวัฒนธรรม แม้จะอ้างเหตุผลเพื่อการอนุรักษ์ภายใต้ความเชื่อที่ว่าเกษตรกรรมพื้นบ้านเป็นอันตรายต่อป่า แต่ในสภาพความเป็นจริง ทรัพยากรธรรมชาติ ตลอดจนพื้นที่ป่าในประเทศไทยกลับลดลง และเสื่อมสภาพอย่างรวดเร็ว สภาพการณ์เช่นนี้ย่อมส่งผลกระทบต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ปัจจุบันแม้จะมีงานวิจัยที่แสดงถึงคุณค่าประโยชน์ของเกษตรกรรมพื้นบ้าน และเรียกร้องให้ยอมรับสิทธิชุมชนในการจัดการป่า แต่แนวคิดดังกล่าวก็ยังถูกคัดค้านจากฝ่ายที่ยึดแนวคิดการบริหารจัดการป่าตามแนวคิดตะวันตก และเป็นผลให้ร่างกฎหมายป่าชุมชนซึ่งประชาชนร่วมกันเสนอ ยังไม่สามารถประกาศใช้เป็นกฎหมายได้จนปัจจุบัน

3. ข้อตกลงระหว่างประเทศ และข้อตกลงระดับภูมิภาค ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

(1) ข้อตกลงระหว่างประเทศ: CBD/ITPGR

ในปัจจุบันหลักการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการรับรองอย่างชัดเจนในอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ (CBD) และสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร (ITPGR) ของ FAO โดย CBD จะมีขอบเขตบังคับใช้กับทรัพยากรพันธุกรรมทุกประเภท ส่วน ITPGR จะบังคับกับเฉพาะพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตร และเฉพาะที่ระบุอยู่ในบัญชีทำสนธิสัญญาเท่านั้น กล่าวได้ว่า CBD เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศหลักที่ครอบคลุมในเรื่องทรัพยากรพันธุกรรม (Umbrella Treaty)

CBD กำหนดให้ประเทศสมาชิกที่อนุญาตให้ประเทศสมาชิกอื่นเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมของตนมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ใน 4 รูปแบบ คือ

1. สิทธิในการมีส่วนร่วมในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ และเทคโนโลยีชีวภาพในทรัพยากรพันธุกรรมที่จัดทำให้ และในกรณีที่เป็นไปได้มีสิทธิร้องขอให้ทำการวิจัยภายในประเทศสมาชิกที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม
 2. สิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และเท่าเทียมจากผลประโยชน์ที่เกิดจากการใช้ทรัพยากรชีวภาพในเชิงพาณิชย์ และอื่นๆ
 3. สิทธิได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการใช้ทรัพยากรชีวภาพนั้น แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้อง
 4. สิทธิในการเข้าถึงผลลัพธ์ของการวิจัย และผลประโยชน์ที่ได้จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพ
- การแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD จะเป็นการตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม กับผู้ขออนุญาตเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม (Bilateral Agreement)

ปัจจุบัน CBD กำลังอยู่ระหว่างการจัดทำหลักเกณฑ์ และรายละเอียดของการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่บางประเทศ รวมทั้งองค์กร หรือสถาบันบางแห่งก็ได้จัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์โดยอิงหลักการของ CBD

ใน ITPGR นั้นเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่พัฒนาขึ้นจากข้อถกเถียงปฏิบัติสากลว่าด้วยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร (International Understanding on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture- IUPGR) ของ FAO โดยภายหลัง CBD ประกาศใช้ สมาชิกของ FAO ได้เรียกร้องให้แก้ไข IUPGR เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของ CBD

แต่กระนั้นก็ตามระบบการแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR ก็มีความแตกต่างจากระบบแบ่งปันผลประโยชน์ใน CBD ข้อแตกต่างประการสำคัญคือ การแบ่งปันผลประโยชน์ใน ITPGR เป็นระบบพหุภาคี (Multilateral System) มิใช่ระบบทวิภาคีดังเช่นของ CBD กล่าวคือ ภายใต้ระบบพหุภาคีของ ITPGR ผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องส่งเงินเข้ากองทุนที่จะจัดตั้งขึ้น และคณะกรรมการบริหาร (Governing Body) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตาม ITPGR จะเป็นผู้บริหารจัดการกองทุนดังกล่าว โดยจะจัดสรรเงินให้แก่เกษตรกรในทุกประเทศ โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้อนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไว้

อย่างไรก็ดีในส่วนของรูปแบบผลประโยชน์ไม่มีความแตกต่างกันนัก กล่าวคือ รูปแบบของผลประโยชน์ที่ระบุใน ITPGR ได้แก่ การแลกเปลี่ยนข้อมูลสารสนเทศเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม การถ่ายทอดเทคโนโลยีที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม หรือการช่วยเหลือเพิ่มศักยภาพ ซึ่งจะได้กล่าวในรายละเอียดต่อไป

(2) ข้อตกลงระดับภูมิภาค

นอกจาก CBD และ ITPGR แล้ว หลักการแบ่งปันผลประโยชน์ยังปรากฏในข้อตกลงในระดับภูมิภาค ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงในระดับภูมิภาคที่น่าสนใจ ได้แก่

1. Andean Pact decision 391 on the Common Regime on Access to Genetic Resources
2. The Draft Central American Agreement on Access to Genetic Resources and Bio-Chemicals and related Traditional Knowledge
3. The Draft ASEAN Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources
4. The African Model Law for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources

ข้อตกลงระดับภูมิภาคทั้งสี่ข้างต้นมีเฉพาะ Andean Pact decision 391 เท่านั้นที่มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย และปรากฏรายละเอียดมากกว่าฉบับอื่นๆ ซึ่งยังคงเป็นเพียงร่างข้อตกลงเท่านั้นยังไม่มีผลบังคับอย่างกฎหมาย

อย่างไรก็ดี African Model Law ถือเป็นกฎหมายต้นแบบที่หลายประเทศในทวีปแอฟริกา นำไปใช้ในการร่างกฎหมายภายในของตน โดยเฉพาะประเด็นเกี่ยวกับสิทธิเกษตรกร (Farmers' Rights) สิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืช (Plant Breeders' Rights) และสิทธิชุมชน (Community Rights) เป็นต้น

ผู้วิจัยเห็นว่าข้อตกลงในระดับภูมิภาคนี้นำหลักการของ CBD มาใช้ แต่ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่น่าสนใจ การเปรียบเทียบรายละเอียดของข้อตกลงดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทย ผู้วิจัยจึงหยิบยกข้อตกลงทั้งสี่ฉบับมาเปรียบเทียบใน 5 ประเด็น ดังนี้

1. หน่วยงานที่รับผิดชอบ
2. การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)
3. การทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์
4. การจัดตั้งกองทุน และ
5. ทรัพย์สินทางปัญญา

(1) หน่วยงานรับผิดชอบ

ข้อตกลงเหล่านี้กำหนดให้แต่ละประเทศที่เป็นภาคีจัดตั้งหน่วยงานที่รับผิดชอบของตนเอง แต่ขอบเขตและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนี้แตกต่างกันในข้อตกลงแต่ละฉบับ และยังให้จัดตั้งองค์กรร่วมระดับภูมิภาค (ยกเว้น African Model Law) โดยให้มีตัวแทนของหน่วยงานของแต่ละประเทศร่วมอยู่ในองค์กรนี้ และในบางกรณีอาจให้มีผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) เข้าร่วมด้วยก็ได้¹² หน้าที่ขององค์กรนี้แตกต่างกันในรายละเอียด แต่โดยทั่วไปจะกำหนดให้มีการร่วมมือ และแลกเปลี่ยนข้อมูลสารสนเทศระหว่างกัน

¹² โปรดดู Decision 391, Article 51, Draft Central American Agreement, Article 39 และ Draft ASEAN Agreement, Article 8.

(2) การได้รับความยินยอมล่วงหน้า

ข้อตกลงระดับภูมิภาคเหล่านี้ทุกฉบับกำหนดหลักการการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) ในทำนองเดียวกัน โดยให้ต้องขอรับความยินยอมจากหน่วยงานภายในประเทศก่อนที่จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม รายละเอียดที่ผู้ขอเข้าถึงต้องระบุในคำขออนุญาตเข้าถึงก็คล้ายคลึงกัน กล่าวคือ ให้ระบุรายละเอียดของผู้ขอ ข้อมูลเกี่ยวกับความร่วมมือกับหน่วยงาน หรือบุคคลท้องถิ่นในประเทศที่จะขอเข้าถึง พื้นที่ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นแหล่งที่ตั้งของทรัพยากรพันธุกรรม ข้อตกลงบางฉบับได้กำหนดกระบวนการ หรือขั้นตอนที่ชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นเข้ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในการได้รับความยินยอมล่วงหน้าด้วย¹³ มีข้อน่าสังเกตว่าใน Draft Central American Agreement, Article 21 กำหนดให้หน่วยงานภายในประเทศมีหน้าที่ออกหนังสือรับรองถิ่นกำเนิด (Certificate of Origin) เพื่อรับรองความถูกต้องของการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมด้วย

(3) การทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์

ในส่วนของการทำข้อตกลงร่วมกันรวมทั้งการแบ่งปันผลประโยชน์นั้น ข้อตกลงระดับภูมิภาคเหล่านี้กำหนดรายการเป็นมาตรฐานขั้นต่ำของเงื่อนไขต่างๆ ที่ควรระบุในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์¹⁴ ใน Decision 391 มีข้อกำหนดพิเศษที่กำหนดให้ต้องมีการทำสัญญาและลงนามร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่รับผิดชอบและผู้ขออนุญาตเข้าถึง (Chapter III) และต้องทำสัญญาระหว่างผู้ขอเข้าถึงกับผู้จัดหาพันธุกรรม (Provider of the genetic resources) (Title IV, Article 41) นอกจากนี้ใน African Model Law, Article 7 และ Draft ASEAN Agreement, Article 11 ยังกำหนดให้ชนพื้นเมืองมีส่วนร่วมเกี่ยวข้องในกระบวนการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

ข้อตกลงระดับภูมิภาคเหล่านี้ได้กล่าวถึงการโอนทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่บุคคลที่สามไว้ด้วย¹⁵ โดยใน Draft Central American Agreement และ Decision 391 จะกำหนดให้ระบุเงื่อนไขของการโอนทรัพยากรพันธุกรรมแก่บุคคลที่สามไว้ในสัญญา แต่ใน African Model Law กำหนดให้การโอนทรัพยากรพันธุกรรม รวมถึงสิ่งต่อเนื่อง (derivatives) ภูมิปัญญาท้องถิ่น นวัตกรรมขึ้นอยู่กับความยินยอมของหน่วยงานที่รับผิดชอบ และชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง

ใน Decision 391, Article 21 และ Draft Central American Agreement กำหนดให้ต้องนำข้อมูลเกี่ยวกับสัญญาเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ไปจดทะเบียนต่อหน่วยงานที่รับผิดชอบ

(4) การจัดตั้งกองทุน

ใน African Model Law ยังได้กำหนดกองทุนพันธุกรรมชุมชน (Community Gene Fund) โดยรายได้ของกองทุนจะมาจากการแบ่งจากส่วนแบ่งผลประโยชน์ที่ชุมชนท้องถิ่นได้รับมา เงินกองทุนนี้จะใช้เพื่อสนับสนุนโครงการต่างๆ ของชุมชน (Part VII, Article 66)

¹³ โปรดดู Draft ASEAN Agreement, Article 10, Draft Central American Agreement, Article 13 และ African Model Law, Article 5.

¹⁴ โปรดดู Draft ASEAN Agreement, Article 11, Decision 391 Chapter III, Article 17, Draft Central American Agreement, Article 19 และ African Model Law, Article 8.

¹⁵ โปรดดู Decision 391, Article 17, Draft Central American Agreement, Article 19 และ African Model Law, Article 8.

(5) ทรัพย์สินทางปัญญา

ข้อตกลงระดับภูมิภาคเหล่านี้ทุกฉบับได้กำหนดประเด็นทรัพย์สินทางปัญญาไว้ด้วย (ยกเว้น Draft ASEAN Agreement) โดยใน Draft Central American Agreement, Article 26 กำหนดให้ผู้ขอรับทรัพย์สินทางปัญญาต้องแสดงหนังสือรับรองถิ่นกำเนิดเพื่อยืนยันว่าได้เข้าถึงทรัพยากรนั้นโดยถูกต้องตามกฎหมาย ใน Decision 391 ระบุชัดเจนว่าประเทศภาคีต้องไม่รับรองสิทธิใดๆ รวมทั้งทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรม ผลิตภัณฑ์ที่ทำ หรือสังเคราะห์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มา หรือปฏิบัติฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ตามที่ได้กำหนดไว้ และประเทศภาคีที่ได้รับผลกระทบมีสิทธิร้องขอให้ประเทศภาคีที่ให้สิทธิเพิกถอนสิทธินั้นเสียได้¹⁶ และในกรณีที่มีข้อสงสัยตามสมควรว่า ผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่นำมาขอรับทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีที่มาจากทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศภาคีอื่น หน่วยงานที่พิจารณาคำขอทรัพย์สินทางปัญญามีสิทธิร้องขอให้ผู้ยื่นคำขอแจ้งเลขที่ของสัญญาตลอดจนส่งสำเนาสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อประกอบการพิจารณาได้¹⁷ และประการสำคัญ African Model Law, Article 9(1) ห้ามไม่ให้สิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต และกรรมวิธีทางชีววิทยา

กล่าวโดยสรุป ภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา ทรัพยากรพันธุกรรมถูกจัดให้เป็นเพียงสินค้าชนิดหนึ่งที่ซื้อขายแลกเปลี่ยนกันได้ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด ทรัพยากรพันธุกรรมจึงถูกพิจารณาแยกขาดออกจากสิ่งอื่นโดยไม่รับรู้ปฏิสัมพันธ์ที่ทรัพยากรพันธุกรรมมีต่อระบบนิเวศ ต่อสิ่งมีชีวิตอื่นๆ รวมทั้งมนุษย์ ซึ่งเป็นแนวคิดที่ได้รับอิทธิพลจากโลกตะวันตกที่ให้ความสำคัญกับมนุษย์ โดยยึดถือมนุษย์เป็นศูนย์กลางของทุกสิ่ง (Anthropocentric) มองสิ่งต่างๆ ในโลกแบบแยกส่วน (Reductionism) ตามทัศนะแบบกลไก ซึ่งเป็นสิ่งตรงข้ามกับแนวคิดในโลกตะวันออก หรือในโลกสังคมเกษตร ซึ่งมองทุกอย่างตามแนวคิดแบบองค์รวม (Holistic) การผลักดันให้ประเทศอุตสาหกรรมยอมรับในหลักการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมถือเป็นก้าวสำคัญของประเทศกำลังพัฒนา เพราะการแบ่งปันผลประโยชน์เป็นการแสดงออกถึงการยอมรับการมีตัวตน บทบาท และความสำคัญของชุมชนเกษตรกร ชนพื้นเมือง หรือชนท้องถิ่นที่มีต่อการอนุรักษ์ และพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมที่เกิดขึ้นสืบเนื่องมายาวนานหลายชั่วอายุคน

แนวคิดแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมเป็นแนวคิดใหม่ และแม้ปัจจุบันแนวคิดนี้จะได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางแม้แต่ในประเทศอุตสาหกรรมก็ตาม แต่รายละเอียดของกลไก หรือมาตรการในการแบ่งปันผลประโยชน์ ตลอดจนมาตรการเสริมเพื่อให้การแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพสูงสุดยังขาดความชัดเจนในหลายประเด็น ซึ่งเป็นสิ่งที่องค์กรระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาเพื่อหาข้อยุติที่เป็นที่ยอมรับร่วมกัน ในบทต่อไปจึงจะได้กล่าวถึงรายละเอียดของการแบ่งปันผลประโยชน์

¹⁶ โปรดดู Decision 391, Second Provision under "Complementary provisions".

¹⁷ โปรดดู Decision 391, Third Provision under "Complementary provisions".

บทที่ 2

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์

ในอดีตถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสมบัติสาธารณะ (Public Domain) การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อนำไปใช้ประโยชน์จึงทำได้โดยเสรี แม้จะมีหลักกฎหมายที่ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐก็ตาม เนื่องจากลักษณะของพันธุกรรมที่เป็นเพียงข้อมูล จึงทำให้กระบวนการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในอดีตอาจทำได้หลากหลายรูปแบบ ตั้งแต่การเข้าถึงในรูปแบบที่ไม่เป็นทางการ เช่น นักท่องเที่ยวเดินป่าและเก็บตัวอย่างไปไม่ไป หรือเป็นการเข้าถึงแบบเป็นทางการ เช่น นักวิจัยเข้าสำรวจพืชพันธุ์ต่าง ๆ ในป่า หรืออาจจ้างนักวิจัยในประเทศให้สำรวจและเก็บตัวอย่างพืชและส่งไปวิจัยในต่างประเทศ หรืออาจให้นักวิจัยในประเทศเป็นผู้วิจัยและส่งผลการวิจัยเพื่อไปใช้ในต่างประเทศ เป็นต้น

การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวไม่มีการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นรูปธรรม ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นอาจอยู่ในรูปของค่าจ้างในการสำรวจ หรือเก็บตัวอย่าง เงินทุนสนับสนุนการวิจัย การแลกเปลี่ยนข้อมูลผลการวิจัย หรือการระบุชื่อนักวิจัยในการตีพิมพ์เผยแพร่ผลวิจัย เป็นต้น

CBD นับเป็นข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับแรกที่มีสภาพบังคับอย่างกฎหมาย ที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และแนวคิดของ CBD ได้แพร่หลายไปยังภูมิภาคต่างๆ ทั่วโลก ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญต่อการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม หลักการการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD มีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์เป็นลำดับ ดังนี้

1. รูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

รูปแบบการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอาจแบ่งได้ ดังนี้

(1) การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

การเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า เช่น การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการโดยสถาบันการศึกษา หรือหน่วยงานรัฐบาล

การเข้าถึงในกรณีนี้ยังอาจแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

1. การสำรวจโดยมิได้นำทรัพยากรพันธุกรรมออกมาจากพื้นที่สำรวจ เช่น การสำรวจเพียงเพื่อกำหนดชนิดพันธุ์หรือการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ของพันธุกรรมที่อยู่ภายใต้สิ่งแวดล้อมหนึ่งๆ

2. การสำรวจที่ต้องนำทรัพยากรพันธุกรรมออกมาจากพื้นที่สำรวจ เช่น การสำรวจเพื่อรวบรวมและจัดทำทะเบียนเกี่ยวกับพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง การรวบรวมในลักษณะนี้แม้จะนำไปใช้ประโยชน์ในการค้าได้ภายหลัง แต่วัตถุประสงค์เบื้องต้นของการรวบรวมดังกล่าวไม่ได้มีวัตถุประสงค์ทางการค้า

(2) การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า

การเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า การเข้าถึงในกรณีนี้อาจแยกเป็นการเข้าถึงภูมิปัญญาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม เช่น การสำรวจภูมิปัญญาเกี่ยวกับชนิด หรือวิธีการปลูก การเก็บ การรักษา และการใช้พืชสมุนไพร หรืออาจเป็นการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยตรง เช่น การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อหาสารที่ออกฤทธิ์ทางยาในพืชสมุนไพร เป็นต้น

2. การควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเป็นปัจจัยแรกที่จะทำให้นักวิทยาศาสตร์สามารถนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์ CBD ไม่ได้ให้ความหมายของคำว่า “การเข้าถึง” ไว้ แต่ผู้วิจัยเห็นว่า “การเข้าถึง” หมายถึง “การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรม โดยเป็นการเข้าถึงเพื่อศึกษา สำรวจ เก็บตัวอย่าง หรือจัดทำทะเบียนทรัพยากรพันธุกรรม และรวมถึงการเข้าถึงข้อมูลทางพันธุกรรมที่มีผู้ศึกษารวบรวมไว้ด้วย”

โดยที่รัฐมีสิทธิอธิปไตยเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตน รัฐจึงมีสิทธิกำหนดหลักเกณฑ์การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ CBD ก็กำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมขึ้นอยู่กับแต่ละประเทศภาคี และอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศภาคีนั้นๆ¹⁸ ผู้ประสงค์จะเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องให้ความเคารพต่อสิทธิอธิปไตยของรัฐผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม แต่ประเทศภาคีจะต้องอำนวยความสะดวกแก่ประเทศภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และจะต้องไม่กำหนดเงื่อนไข หรือข้อจำกัดที่ขัดต่อวัตถุประสงค์ของ CBD¹⁹

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรตาม ITPGR ก็กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องอำนวยความสะดวกในการเข้าถึง²⁰ ผู้เข้าถึงต้องปฏิบัติตามความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องของแต่ละประเทศ²¹

การที่ CBD และ ITPGR กำหนดให้ต้องอำนวยความสะดวกแก่การเข้าถึง เนื่องจากต้องการส่งเสริมให้มีการนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ตามที่เคยเป็นมาในอดีต และไม่ต้องการให้ประเทศภาคี

¹⁸ CBD. Article 15.1.

¹⁹ CBD. Article 15.2.

²⁰ ITPGR. Article 12.1.

²¹ ITPGR. Article 12.3(f).

สร้างอุปสรรคต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามก็ดีระดับของการอำนวยความสะดวกนี้คงขึ้นอยู่กับนโยบาย และกฎหมายภายในของประเทศสมาชิก

การกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมการเข้าถึงจะเป็นมาตรการที่ทำให้หลักการแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพ เงื่อนไขเพื่อควบคุมการเข้าถึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาดังนี้

(1) การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Inform Consent)

การได้รับความยินยอมล่วงหน้าถือเป็นมาตรการหลักในการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม โดยก่อนจะมีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้ขอเข้าถึงต้องแจ้งให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมทราบล่วงหน้าก่อน²² เพื่อให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมพิจารณาข้อมูลต่างๆ ที่ผู้ขอเข้าถึงยื่นเพื่อประกอบการพิจารณา²³ หากเห็นไม่สมควรประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจไม่อนุญาตให้มีการเข้าถึงได้

การต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าก่อนเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีอำนาจในการต่อรองเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้ โดยเฉพาะการต่อรองการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไป

(ก) ข้อพิจารณาในการอนุญาต

การพิจารณาเพื่ออนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม ควรต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับรูปแบบ และวัตถุประสงค์ในการเข้าถึง ลักษณะการใช้ประโยชน์²⁴ การขอคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา²⁵ ผลกระทบต่อสภาพแวดล้อม และการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จำนวน และรูปแบบของส่วนแบ่งผลประโยชน์ รวมทั้งวิธีการชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์ดังกล่าว ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิกำหนดหลักเกณฑ์ในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของตนภายใต้หลักสิทธิ

²² CBD. Article 15.5.

²³ หลักการยินยอมล่วงหน้านี้เป็นหลักการเดียวกับที่กำหนดในอนุสัญญาบาเซล (Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Waste and their Disposal) Article 6.3 "The State of export shall not allow the generator or exporter to commence the transboundary movements until it has received written confirmation that (a) notifier has received the written consent of the State of import....".

²⁴ CBD. Article 15.2 ก็กำหนดให้การเข้าถึงต้องเป็นไปเพื่อการใช้ประโยชน์อย่างเหมาะสมต่อสิ่งแวดล้อม ส่วนการเข้าถึงตาม ITPGR Article 12.3(a) ก็กำหนดให้ต้องเป็นการเข้าถึงเพื่อการวิจัย ปรับปรุงพันธุ์พืช หรือเพื่อการฝึกอบรม (Training) เกี่ยวกับอาหารและเกษตรกรรมเท่านั้น และไม่รวมถึงการเข้าถึงเพื่อนำไปใช้เป็นเคมีภัณฑ์ เกษษภัณฑ์ หรือการใช้เพื่อการอื่นที่มีใช้อุตสาหกรรมอาหาร หรืออาหารสัตว์ (Non-food/feed industrial uses).

²⁵ CBD ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นการขอรับทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรพันธุกรรมที่ขออนุญาตเข้าถึง แต่ในสัญญาตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอาจเจรจาในประเด็นการขอคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเหนือนวัตกรรมที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ได้ ส่วนใน ITPGR Article 12.3(d) ห้ามผู้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนำอรรถิทรัพย์สินทางปัญญา หรืออรรถิใดๆ เหนือส่วนที่เป็นพันธุกรรม (genetic parts) หรือองค์ประกอบของพันธุกรรม (their components) ในสภาพเดียวกับที่ได้รับมา (in the form received).

อธิปไตยของรัฐ และในการพิจารณาอนุญาต ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิปฏิเสธไม่อนุญาตให้เข้าถึง หากพิจารณาแล้วเห็นว่าก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศเพียงเล็กน้อย หรือเป็นการใช้ประโยชน์โดยไม่เหมาะสม หรือกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

(ข) หน่วยงานผู้ให้คำอนุญาต

การกำหนดเงื่อนไขให้ต้องขออนุญาตก่อนนั้นอาจมีปัญหว่า หน่วยงานใดควรเป็นผู้รับคำร้องขอ อนุญาต หน่วยงานใดควรเป็นผู้พิจารณา ชุมชนท้องถิ่นที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องการเข้าไปสำรวจควรมีส่วนร่วมในการพิจารณาอย่างไร

ประเทศในกลุ่ม Andean Pact กำหนดให้ต้องได้รับอนุญาต และทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ กับรัฐบาลกลางเท่านั้น โดยไม่ต้องเสนอรายละเอียดต่อชนพื้นเมือง หรือผู้มีส่วนได้เสีย แต่ต้องทำสัญญากับเจ้าของ หรือหน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ครอบครองพื้นที่ที่จะเข้าสำรวจ แต่ทั้งนี้สัญญาดังกล่าวต้องไม่ขัดกับข้อตกลงที่ทำไว้กับรัฐบาลกลาง²⁶ บางประเทศกำหนดให้ต้องขออนุญาตและทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์กับคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะ โดยไม่ต้องขออนุญาตหรือทำสัญญากับเอกชน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง แต่ก่อนอนุญาตหรือตกลงเงื่อนไขคณะกรรมการจะปรึกษากับชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องเอง²⁷

การให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และเป็นคู่สัญญาในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ มีข้อดีคือ เกิดความสะดวกรวดเร็วในการขออนุญาต ไม่ต้องขออนุญาตจากหน่วยงานหลายฝ่าย และในการเจรจาต่อรองส่วนแบ่งผลประโยชน์นั้นรัฐจะมีอำนาจต่อรองมากกว่า และมีประสิทธิภาพกว่า แต่ข้อเสีย คือ อาจเกิดปัญหาการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมน้อยเกินไป (Anti-common)²⁸ อาจขัดกับเจตนารมณ์ และผลประโยชน์ของชุมชนท้องถิ่นซึ่งครอบครองพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมนั้น

แต่การที่กำหนดให้ต้องขออนุญาตจากหลายหน่วยงาน เช่น ต้องขออนุญาตทั้งจากระดับรัฐบาลกลาง และระดับท้องถิ่นโดยต้องให้ชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องให้ความยินยอมด้วย ก็อาจมีอุปสรรคในกรณีมีหลายหน่วยงานมากเกินไป หรือมีชุมชนท้องถิ่นจำนวนมากที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญา และทำให้ขาดเอกภาพในการพิจารณา

²⁶ กลุ่มประเทศ Andean Pact ซึ่งประกอบด้วยประเทศโบลิเวีย โคลัมเบีย เอกวาดอร์ เปรู และเวเนซุเอลา Andean Pact, Common System on Access to Genetic Resources, Decision 391 (July 2, 1996), [http:// www.comunidadandina.org/ingles/treaties/dec/ d391e.htm](http://www.comunidadandina.org/ingles/treaties/dec/d391e.htm).

²⁷ โปรดดู Biological Diversity Act, 2002 ของประเทศอินเดีย.

²⁸ การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้อยเกินไป (Tragedy of anti-common) เป็นด้านตรงข้ามกับกรณีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรมากเกินไป (Tragedy of common) กล่าวคือ หากมีหน่วยงาน หรือองค์กรใดที่มีอำนาจชี้ขาดในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม อาจมีกรณีที่หน่วยงานหรือองค์กรนี้มักใช้สิทธิในทางไม่อนุญาต ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมน้อยเกินไป (Tragedy of anti-common) อีกกรณีหนึ่งเป็นกรณีที่ทุกคนสามารถเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมได้อย่างง่ายดาย ทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรมากเกินไป และทำให้ทรัพยากรหมดไป (Tragedy of common).

กรณีศึกษาที่น่าสนใจ ได้แก่ กรณีการขออนุญาตสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในเมือง Chiapas ประเทศเม็กซิโก ในปี ค.ศ.2001 เพื่อสำรวจพืช และรา (Micro-fungi) ที่มีอยู่ในพื้นที่ของชนเผ่ามายา โครงการนี้เริ่มต้นในปี ค.ศ. 1998 โดยได้รับการสนับสนุนเงินทุนจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ตามกฎหมายของเม็กซิโกนั้น รัฐบาลเม็กซิโกจะออกใบอนุญาตสำรวจให้ได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอม และได้ทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของ หรือผู้ถือครองที่ดินที่เป็นแหล่งของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก่อน ทีมสำรวจได้เผยแพร่รายละเอียดของโครงการให้กับชนพื้นเมืองทั้งหมดด้วยการจัดประชุม จัดทำละครประชาสัมพันธ์ทางวิทยุในภาษาพื้นเมือง ภายในระยะเวลาหนึ่งปีครึ่ง ชุมชนพื้นเมือง 46 จาก 47 แห่งเห็นด้วยกับโครงการ แต่ในที่สุดโครงการนี้ต้องล้มเลิกไปเนื่องจากได้รับการคัดค้านจากสมาพันธ์แพทย์พื้นเมือง (Confederation of Local Healers' Organizations) กรณีนี้แสดงให้เห็นถึงขั้นตอน และความยุ่งยากในการขอความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้อง และยังแสดงให้เห็นถึงบทบาทและอิทธิพลภายนอกที่มีเหนือความเห็นชอบของชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้อง²⁹

(2) การตกลงร่วมกัน (Mutually Agreed)

ทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ภายใต้หลักสิทธิอธิปไตยของรัฐ การสำรวจหรือเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องได้รับอนุญาตจากประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น กล่าวคือ ต้องมีข้อตกลงร่วมกันระหว่างประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมและผู้ขอเข้าถึง³⁰ หากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมไม่อนุญาตให้เข้าถึง ประเทศอื่นย่อมไม่มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมนั้นได้ ดังนั้นหลักการตกลงร่วมกันจึงช่วยยืนยันหลักสิทธิอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่อยู่ในดินแดนของตน แต่ทั้งนี้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมย่อมไม่อาจไม่อนุญาตให้เข้าถึงโดยปราศจากเหตุผลสมควร เนื่องจากทั้ง CBD³¹ และ ITPGR³² กำหนดให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีหน้าที่สร้างเงื่อนไขที่เอื้ออำนวยต่อภาคีอื่นในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม

3. การแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit Sharing)

(1) เงื่อนไขการแบ่งปันผลประโยชน์

CBD และ ITPGR เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่กำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม หลักเกณฑ์สำคัญที่ทำให้เกิดหน้าที่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ คือ เมื่อมีการใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ (Commercialization) จากทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตาม ITPGR ยกเว้นไม่

²⁹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Sabrina, Safrin. "Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Block of Life." 98 *American Journal of International Law*. 641 (October, 2004), pp.655-656.

³⁰ CBD. Article 15.4 "Access, where granted, shall be on mutually agreed terms and subject to the provisions of this Article.

³¹ CBD. Article 15.2.

³² ITPGR. Article 12.1.

ต้องแบ่งปันผลประโยชน์ หากไม่มีข้อจำกัดที่บุคคลอื่นจะใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ที่สร้างขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นในการค้นคว้าวิจัยต่อไป โดยสนธิสัญญาเรียกร้องให้ผู้ที่ใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์เป็นผู้ชำระส่วนแบ่งผลประโยชน์แทน³³ การใช้ที่จะเป็นไปตามข้อยกเว้นนี้อาจมีได้ใน กรณีผู้หาประโยชน์เชิงพาณิชย์ยอมให้บุคคลอื่นนำผลิตภัณฑ์ที่เกิดจากทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ในการค้นคว้าวิจัยโดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีจะเข้าข้อยกเว้นได้ต้องไม่มีข้อจำกัดใดๆ เลย กรณีข้อยกเว้นการวิจัย (Research Exemption) ในกฎหมายสิทธิบัตร หรือสิทธินักปรับปรุงพันธุ์พืชนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ยังมีข้อจำกัดบางประการ จึงยังไม่เข้าข้อยกเว้นและผู้หาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ยังมีหน้าที่แบ่งปันผลประโยชน์ตามสนธิสัญญา

มีข้อสังเกตว่า สนธิสัญญานี้ใช้บังคับกับเฉพาะทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและเกษตรที่ระบุในบัญชีท้ายสนธิสัญญาเท่านั้น ดังนั้นการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมนอกเหนือจากที่ระบุในบัญชีท้ายสนธิสัญญา แม้จะเป็นการใช้ในเชิงพาณิชย์ก็ไม่อยู่ในบังคับให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์³⁴

(2) รูปแบบของผลประโยชน์

รูปแบบของผลประโยชน์ อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ทางการเงิน และผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน

(ก) ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefits)

ผลประโยชน์ทางการเงิน ที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมอาจนำมาใช้ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม อาจมีรูปแบบที่แตกต่างกันหลายรูปแบบได้แก่

1. ค่าธรรมเนียมการสำรวจหรือรวบรวมทรัพยากรพันธุกรรม (Exploration and Extraction Fee Schemes)

ในกรณีที่ผู้ที่ประสงค์จะเข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมจะต้องชำระค่าธรรมเนียมจำนวนหนึ่งให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม วิธีนี้มีข้อดีที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับเงินตอบแทนทันทีจำนวนหนึ่ง (Up-front) โดยไม่ต้องรอให้นำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้จนเกิดประโยชน์เสียก่อน การที่นักสำรวจต้องเสียเงินค่าธรรมเนียมก่อน ยังจะเป็นแรงกระตุ้นให้นักสำรวจเร่งนำทรัพยากรพันธุกรรมไปพัฒนา เนื่องจากเกิดค่าใช้จ่ายขึ้นแล้ว

ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นกับวิธีเก็บค่าธรรมเนียมในกรณีนี้ คือ การเก็บค่าธรรมเนียมล่วงหน้าอาจกระทบต่อศักยภาพของนักสำรวจรายเล็กๆ ที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ

³³ ITPGR มาตรา 13.2(d)(iii)

³⁴ Bjørnstad, Svanhild-Isabelle Batta. "Breakthrough for the South?: An Analysis of the Recognition of Farmers' Rights in the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture." p. 110 (available at www.eldis.org/biodiversity).

การจ่ายค่าธรรมเนียมไปก่อนล่วงหน้าโดยยังไม่มีความแน่นอนว่าทรัพยากรพันธุกรรมนั้นจะพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการยอมรับจากตลาดหรือไม่ ถือเป็นความเสี่ยงที่ตกอยู่กับนักสำรวจเพียงฝ่ายเดียว (Lottery element) ทำให้นักสำรวจบางส่วนตัดสินใจไม่สำรวจ ทำให้ไม่เกิดการแข่งขันในการสำรวจ และในทางกลับกัน หากในภายหลังปรากฏว่าทรัพยากรพันธุกรรมถูกพัฒนาเป็นสินค้าที่ได้รับความนิยม ค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บไปย่อมเป็นจำนวนที่น้อยมากเมื่อเทียบกับรายได้ที่นักสำรวจได้รับ

นักสำรวจที่ได้จ่ายค่าธรรมเนียมไปแล้ว ย่อมมีสิทธิใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ตนสำรวจและพัฒนาได้ตลอดไป โดยไม่มีเวลาจำกัด

การกำหนดค่าธรรมเนียมที่จะเรียกเก็บอาจขาดหลักเกณฑ์ที่แน่ชัด เนื่องจากการเก็บค่าธรรมเนียมในการสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเป็นสิ่งใหม่ จึงมีเกณฑ์ที่ปรากฏน้อยมาก ทำให้ขาดการเปรียบเทียบกับกรณีอื่น

สัดส่วนของปริมาณทรัพยากรพันธุกรรมที่จะอนุญาตให้สำรวจหรือเก็บรวบรวมเทียบกับค่าธรรมเนียมควรจะเป็นเท่าไรเป็นปัญหาสำคัญของวิธีนี้เช่นกัน การกำหนดเนื้อที่ และระยะเวลาที่อนุญาตให้เข้าทำการสำรวจอาจจำกัดการสำรวจมากเกินไป เนื่องจากพื้นที่ และเวลาที่จำกัดจะทำให้ นักสำรวจมุ่งเน้นแต่เฉพาะพืชบางชนิดเท่านั้น

2. ค่าตอบแทนเป็นช่วงลักษณะเดียวกับค่าเช่า (Rent Schemes)

วิธีนี้นักสำรวจจะทยอยจ่ายเงินตอบแทนแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม จึงไม่เป็นภาระแก่นักสำรวจมากนัก ค่าตอบแทนในแต่ละงวดอาจตกลงล่วงหน้าเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ได้ หรืออาจตกลงให้เปลี่ยนแปลงโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับราคาของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม หรือจะใช้ดัชนีบ่งชี้อื่นเป็นมาตรฐานในการกำหนดค่าตอบแทนก็ได้

ค่าตอบแทนในกรณีนี้อาจกำหนดโดยอิงกับกิจกรรมที่ทำในแต่ละช่วงเวลาก็ได้ เช่น ค่าตอบแทนในระหว่างสำรวจ ในระหว่างวิจัย หรือในระหว่างพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ เป็นต้น

การกำหนดค่าตอบแทนเป็นจำนวนแน่นอนตายตัว จะช่วยลดความยุ่งยากในการบริหารจัดการ แต่การกำหนดจำนวนที่ตายตัวดังกล่าวอาจไม่สะท้อนมูลค่าที่แท้จริงของทรัพยากรพันธุกรรม ส่วนการตกลงให้เปลี่ยนแปลงค่าตอบแทนได้จะเพิ่มภาระ และค่าใช้จ่ายในการตรวจสอบมูลค่าของผลิตภัณฑ์

การกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนเป็นช่วง ๆ นี้จะลดผลกระทบต่อนักสำรวจที่มีเงินทุนน้อย และผลกระทบจะยิ่งน้อยลงหากกำหนดให้จ่ายค่าตอบแทนเมื่อผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดแล้ว แต่วิธีนี้อาจจะทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมสูญเสียต้นทุนทางโอกาส (Opportunity Cost) เนื่องจากบางครั้งต้องใช้เวลานานกว่าทรัพยากรพันธุกรรมจะพัฒนาจนเป็นผลิตภัณฑ์ออกสู่ตลาดได้

3. การแบ่งกำไร (Profit Sharing Schemes)

วิธีนี้เป็นวิธีที่ใช้กันทั่วไปในภาคธุรกิจ โดยประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะ ตกลงกับนักสำรวจล่วงหน้ากำหนดสัดส่วนที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับจากผลกำไรที่นักสำรวจได้รับจากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (Fixed share of the profit gained)

จุดเด่นของวิธีนี้คือ การที่ทั้งสองฝ่ายต่างจะได้รับผลกำไรที่จะเกิดจากทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมุ่งดำเนินการเพื่อให้เกิดผลกำไรสูงสุด วิธีนี้ยังเป็นการกระจายความเสี่ยง หรือต้นทุนที่เกิดขึ้นไม่ให้เกิดอยู่กับนักสำรวจเพียงฝ่ายเดียว

แต่ข้อด้อยของวิธีนี้คือ หากทรัพยากรพันธุกรรมนั้นไม่อาจพัฒนาเป็นผลิตภัณฑ์ หรือไม่ได้รับการตอบรับจากตลาด ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมก็จะไม่ได้รับส่วนแบ่งกำไร นอกจากนี้ประสิทธิภาพของการบริหารจัดการของนักสำรวจยังมีผลต่อกำไรที่เกิดขึ้น เนื่องจากหากบริหารจัดการขาดประสิทธิภาพ ย่อมทำให้ต้นทุนสูงและกำไรลดลง ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจึงต้องมีการตรวจสอบผลการดำเนินงานของนักสำรวจว่าได้รับผลกำไรหรือไม่ มากน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม

4. การเรียกเก็บภาษี (Tax Schemes)

การเรียกเก็บภาษีจากนักสำรวจเป็นอีกวิธีหนึ่งที่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม อาจนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์การแบ่งปันผลประโยชน์

โดยปกติผู้ที่มีรายได้จากการประกอบธุรกิจย่อมต้องเสียภาษี ในกรณีของทรัพยากรพันธุกรรมรัฐอาจกำหนดให้เก็บภาษีรายได้ (Income Tax) จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมเป็นกรณีพิเศษ โดยอาจกำหนดอัตราภาษีที่แตกต่างกันตามความเหมาะสมของลักษณะ และผลประกอบการของนักสำรวจก็ได้

นอกจากกรณีภาษีรายได้แล้วยังอาจกำหนดให้เรียกเก็บภาษีพิเศษ เช่น เรียกเก็บบนฐานของจำนวนผลิตภัณฑ์ที่ผลิตออกจำหน่าย หรือตามสัดส่วนของรายได้ที่เกิดจากการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม

ปัญหาของการใช้วิธีนี้คือ กรณีภาษีรายได้คำนวณจากฐานกำไรสุทธิที่เกิดจากการประกอบการ การตรวจสอบเพื่อให้ทราบถึงต้นทุนที่แท้จริง เพื่อจะได้จำนวนกำไรที่ถูกต้องอาจเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก

5. การเก็บค่าสิทธิ (Royalty Schemes)

การเรียกเก็บค่าสิทธิเป็นวิธีการหนึ่งที่ใช้ทั่วไปในภาคธุรกิจเช่นกัน การเรียกเก็บค่าสิทธิจะใช้วิธีกำหนดอัตราเป็นสัดส่วนแน่นอนของรายได้ เช่น กำหนดให้นักสำรวจจ่ายค่าสิทธิอัตราร้อยละ 3 ของยอดขายรายได้จากผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม เป็นต้น

ข้อดีของวิธีนี้คือ ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมจะได้รับรายได้ที่แน่นอน และสม่าเสมอ ส่วนข้อเสีย คือ ในกรณีที่ราคาสินค้าตกต่ำ ทำให้กำไรของนักสำรวจลดลง แต่นักสำรวจยังคงต้องชำระค่าสิทธิจากฐานรายได้ อาจทำให้นักสำรวจรู้สึกเสียเปรียบ การเรียกเก็บค่าสิทธิจากฐานรายได้ยังอาจทำให้นักสำรวจไม่พยายามเพิ่มรายได้จากผลิตภัณฑ์เพื่อลดจำนวนค่าสิทธิที่ต้องชำระ ซึ่งจะทำให้รายได้ค่าสิทธิของประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมลดจำนวนลง

เนื่องจากการกำหนดผลประโยชน์ที่เป็นเงินอาจทำได้หลากหลายรูปแบบ และอาจใช้หลายรูปแบบร่วมกันก็ได้ นอกจากนี้ในแต่ละรูปแบบยังอาจมีจำนวนที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมาย นโยบาย อำนาจต่อรองของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนโอกาสในการพัฒนาทรัพยากรพันธุ์กรรมให้เป็นผลิตภัณฑ์ได้

(ข) ผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefits)

จากการศึกษาพบว่า ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินมากกว่าผลประโยชน์ทางการเงิน โดยเฉพาะผลประโยชน์ในการเข้าถึงเมล็ดพันธุ์ หรือพันธุ์พืช การเข้าถึงเทคโนโลยีทางการเกษตรสมัยใหม่ รวมทั้งสิทธิในการเข้าร่วมการกำหนดนโยบายทางด้านการเกษตรที่จะมีผลกระทบต่อเกษตรกร³⁵

1. ลักษณะผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน³⁶

CBD ให้สิทธิแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุ์กรรมได้รับผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินในหลายกรณี โดยส่วนใหญ่จะเป็นผลประโยชน์ทางด้านการวิจัย และการถ่ายทอดเทคโนโลยี

1.1 การมีส่วนร่วมในการวิจัย

CBD มาตรา 15.6 บัญญัติว่า “Each Contracting Party shall endeavour to develop and carry out scientific research based on genetic resources provided by other Contracting Parties with the full participation of, and where possible in, such Contracting Parties” และ

มาตรา 19.1 บัญญัติว่า “Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, to provide for the effective participation in biotechnological research activities by those Contracting Parties, especially developing countries, which provide the genetic resources for such research, and where feasible in such Contracting Parties.”

รูปแบบผลประโยชน์ในลักษณะนี้จะเป็นประโยชน์ในการเพิ่มศักยภาพด้านการค้นคว้าวิจัยในประเทศที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุ์กรรม จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่าข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในหลายกรณี ตลอดจนกฎหมายภายในของบางประเทศกำหนดให้การวิจัยภายในประเทศเป็นเงื่อนไขในการยินยอมให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุ์กรรมของตน

ตัวอย่างน่าสนใจได้แก่ สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่าง National Biodiversity Institute (INBio) ของประเทศคอสตาริกาและ Merck & Co., Inc. (Merck) กำหนดให้การแยกตัวอย่างเบื้องต้น (Initial extract) จะต้องดำเนินการโดย INBio จากนั้นจึงจะส่งต่อให้ Merck ดำเนินการต่อไป³⁷

³⁵ Anderson, Regine. “Result from an International Stakeholder Survey on Farmers’ Rights.” The Farmers’ Rights Project, Background Study 2, (Lysaker, Norway: The Fridtjof Nansen Institute, 2005), p.vii-viii.

³⁶ โปรดดูตัวอย่างผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินในรูปแบบต่าง ๆ ได้ในส่วนถัดไป.

สัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลกำหนดให้การเก็บรวบรวมตัวอย่างพันธุกรรมต้องดำเนินการโดยบุคคล หรือองค์กรภายในประเทศบราซิล โดยจะมีการคัดแยก (Screening) ตัวอย่างก่อนจากนั้นจะสกัดแยกส่วนประกอบ (Fractionation of compound) ส่งให้แก่ NCI ต่อไป³⁸

ข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อรัฐบาลโคลัมเบียเพื่อขออนุญาตเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม ระบุว่า BioAndes จะทำวิจัยร่วมกันกับ Cenicafe ซึ่งเป็นหน่วยงานสาขาด้านวิทยาศาสตร์ของสหพันธ์ผู้ปลูกกาแฟแห่งชาติโคลัมเบีย (National Coffee Growers Federation) ข้อเสนอแนะยังระบุว่า BioAndes จะว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญทางด้านชีววิทยา เคมี และพฤกษศาสตร์ไม่น้อยกว่า 18 คนในการสำรวจและวิจัย และจะมีการฝากตัวอย่างไว้กับธนาคารพันธุกรรม (National Inventory) ในประเทศโคลัมเบียด้วย³⁹ มีข้อสังเกตว่าการวิจัยร่วมกันระหว่าง BioAndes และ Cenicafe นั้นจำกัดเฉพาะการวิจัยเกี่ยวกับแมลงที่เป็นศัตรูของพืชกาแฟเท่านั้น (Coffee pest) แต่ในท้ายที่สุดรัฐบาลโคลัมเบียปฏิเสธคำขอของ BioAndes โดยให้เหตุผลว่าข้อเสนอของ BioAndes ยังไม่ได้สนับสนุนสถาบันภายในประเทศของโคลัมเบียอย่างเพียงพอ จึงยังไม่เป็นการแบ่งปันผลประโยชน์อย่างเป็นธรรม และเท่าเทียม (Fair and equitable sharing of benefits)⁴⁰ เหตุผลนี้ผู้วิจัยเห็นว่าอิงกับ Decision 391: Common Regime on Access to Genetic Resources ของกลุ่มประเทศ Andean Pact ซึ่งประเทศโคลัมเบียเป็นสมาชิก

ในกฎหมาย Executive Order 247 (E.O.247) ของประเทศฟิลิปปินส์ ก็กำหนดให้การใช้บุคลากรภายใน หรือต้องวิจัยภายในประเทศเป็นเงื่อนไขของการอนุญาตให้เข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมเช่นกัน นักวิทยาศาสตร์ของฟิลิปปินส์ต้องมีส่วนในการวิจัย หรือเก็บรวบรวมตัวอย่าง และต้องพยายามใช้บริการของมหาวิทยาลัย หรือสถาบันภายในประเทศฟิลิปปินส์⁴¹

1.2 การรับการถ่ายทอดเทคโนโลยี

CBD มาตรา 16.3 บัญญัติว่า “Each Contracting Party shall take legislative, administrative or policy measures, as appropriate, with the aim that Contracting Parties, in particular those that are developing countries, which provide genetic resources are provided access to and transfer of technology which makes use of those resources, on mutually agreed terms, including technology protected by patents and other intellectual property rights, where necessary, through

³⁷ School of International and Public Affairs, Columbia University. “Access to Genetic Resources: An Evaluation of the Development and Implementation of Recent Regulation and Access Agreement.” Environmental Policy Studies Working Paper #4, 1999, p.19.

³⁸ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.31.

³⁹ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.42.

⁴⁰ School of International and Public Affairs, Columbia University. *supra note* 37. p.36.

⁴¹ สุทธิศักดิ์ ดือระ. “การแบ่งปันผลประโยชน์ตามอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ: วิเคราะห์แนวปฏิบัติของประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ.2545, น.80.

the provision of Article 20 and 21 and in accordance with international law and consistent with paragraph 4 and 5 below.”

การกำหนดให้ผู้ขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้แก่หน่วยงานหรือองค์กรภายในประเทศของผู้ให้อนุญาตเป็นรูปแบบผลประโยชน์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลายมากที่สุดรูปแบบหนึ่ง

ในสัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา และ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลกำหนดให้ NCI ต้องฝึกอบรมบุคลากรรวมทั้งช่วยเหลือการตรวจวิเคราะห์ฤทธิ์ทางชีวภาพ (Bioassay) และให้มีการตีพิมพ์เผยแพร่ผลงาน (Publication) ตามที่จะตกลงกับหน่วยงานของประเทศบราซิล⁴²

ในข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อประเทศโคลัมเบียก็กำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการคัดแยก (Screening Technology) รวมทั้งการแบ่งปันข้อมูลจากผลการวิจัยแก่นักวิทยาศาสตร์ของประเทศโคลัมเบียด้วยเช่นกัน⁴³

ข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกากับ University of Yaounde' Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูนกำหนดให้ NCI ต้องสนับสนุนด้านเครื่องมือ และอุปกรณ์ รวมทั้งเทคโนโลยี และผลการวิจัย นอกจากนี้ยังกำหนดให้ฝึกอบรมเทคนิคด้านการอนุบาลและเพาะพันธุ์พืชแก่ชุมชนท้องถิ่นอีกด้วย⁴⁴

กฎหมาย Executive Order 247 (E.O.247) ของประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้สัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการ (Academic Research Agreements- ARAs) ต้องระบุการให้ผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน เช่น การฝึกอบรม การแลกเปลี่ยนข้อมูลโดยผ่านการประชุม สัมมนา การตีพิมพ์เผยแพร่ผลงาน หรือการรวบรวมตัวอย่าง⁴⁵

1.3 การเข้าถึงข้อมูลการวิจัย และผลประโยชน์

CBD มาตรา 19 วรรค 2 บัญญัติว่า “Each Contracting Party shall take all practicable measures to promote and advance priority access on a fair and equitable basis by Contracting Parties, especially developing countries, to the results and benefits arising from biotechnologies based upon genetic resources provided by those Contracting Parties. Such access shall be on mutually agreed terms.”

⁴² School of International and Public Affairs, Columbia University. *supra* note 37. p.31.

⁴³ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.37.

⁴⁴ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* pp.45-46, 49 อย่างไรก็ตามก็ตีปรากฏในภายหลังว่าข้อตกลงนี้ไม่ได้รับการยอมรับจากรัฐบาลแคเมอรูน โดยให้เหตุผลว่า University of Yaounde' Center ไม่มีอำนาจที่จะทำข้อตกลงนี้แทนรัฐบาลแคเมอรูน.

⁴⁵ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.59.

ข้อตกลงส่วนใหญ่จะกำหนดให้ประเทศผู้ให้เข้าถึงผลลัพธ์ของการวิจัย โดยอาจกำหนดให้ต้องแจ้ง รายงาน หรือตีพิมพ์ผลงาน รวมทั้งการได้รับตัวอย่างของผลการวิจัย ในข้อตกลงบางรายให้สิทธิแก่ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงควบคุมผลการวิจัย

สัญญาระหว่าง National Cancer Institute (NCI) ของประเทศสหรัฐอเมริกา กับ Universidade Paulista (UNIP) ของประเทศบราซิลนอกจากจะกำหนดให้การรวบรวมตัวอย่างต้องทำโดยหน่วยงานภายในประเทศบราซิลแล้ว ยังกำหนดว่าหากหน่วยงานดังกล่าวสละสิทธิ์ประกอบจากตัวอย่างดังกล่าวได้ ก็ให้หน่วยงานดังกล่าวได้สิทธิเป็นเจ้าของในสารประกอบนั้นแต่ผู้เดียว (sole ownership) และอาจเจรจาเพื่อโอนสิทธิให้แก่ผู้สนใจอื่นด้วยก็ได้ ในสัญญายังกำหนดให้ NCI ส่งผลการคัดแยกขั้นสูงในทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับไป (NCI-based advanced screens) แก่ประเทศบราซิลภายในเวลา 90 วัน และกรณี NCI จะโอนสิทธิในผลการวิจัยแก่บุคคลภายนอกจะต้องได้รับความยินยอมจากประเทศบราซิลก่อน⁴⁶

ในข้อเสนอของ BioAndes ที่เสนอต่อรัฐบาลโคลัมเบียระบุว่า BioAndes จะส่งมอบข้อมูล และผลการวิจัยแก่รัฐบาลโคลัมเบีย รวมทั้งจะต้องฝากตัวอย่าง (Specimens) พืชสมุนไพรไว้กับฐานข้อมูลแห่งชาติของรัฐบาลโคลัมเบีย (National Inventory of Columbia) ด้วย⁴⁷

2. วิเคราะห์ปัญหาผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินตาม CBD

แม้ CBD จะกำหนดให้มีการแบ่งปันผลประโยชน์ระหว่างผู้ขอเข้าถึง และประเทศภาคีผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมทั้งที่เป็นผลประโยชน์ทางการเงิน และผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน และปรากฏข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ระบุผลประโยชน์ในรูปแบบต่างๆ รวมทั้งปรากฏในกฎหมายภายในของบางประเทศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการการแบ่งปันผลประโยชน์ใน CBD ยังอาจมีปัญหา และอุปสรรคบางประการที่จะทำให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กำหนดนี้อย่างเต็มเม็ดเต็มหน่วย ซึ่งผู้วิจัยขอวิเคราะห์ในรายละเอียด ดังต่อไปนี้

2.1 ปัญหาถ้อยคำที่ขาดน้ำหนักและความชัดเจน

แม้ CBD จะให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีสิทธิเข้าร่วมในการวิจัยเกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นก็ตาม แต่ CBD ไม่ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของประเทศที่เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอย่างชัดเจน CBD ใช้ถ้อยคำเพียงให้ประเทศผู้ขออนุญาตเข้าถึงใช้ “ความพยายาม” (shall endeavour) ให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมมีส่วนร่วมเท่านั้น นอกจากนี้กรณีการทำวิจัยในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม CBD ก็กำหนดให้ทำใน “กรณีที่เป็นไปได้” เท่านั้น (where possible)

ดังนั้นหากประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมขาดแคลนนักวิจัย หรือเครื่องมือ อุปกรณ์ในการวิจัยก็อาจเป็นสาเหตุให้ถูกปฏิเสธการทำวิจัยในประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมได้ ดังนั้นเพื่อให้ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงมีส่วนร่วมในการวิจัย หรือให้ทำการวิจัยภายในประเทศของผู้ให้อนุญาต ผลประโยชน์ในข้อนี้ต้องพิจารณาาร่วมกับการเจรจาให้ผู้ขออนุญาตต้องให้ความช่วยเหลือเพิ่มศักยภาพ

⁴⁶ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.31.

⁴⁷ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.42.

(Capacity building) เพื่อให้เกิดการมีส่วนร่วม หรือทำการวิจัยภายในประเทศได้จริง ตัวอย่างข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของ INBio และ Merck ของประเทศคอสตาริกาเป็นตัวอย่างที่ดี เนื่องจากกำหนดให้ Merck ต้องให้ความช่วยเหลือด้านเครื่องมือ และอุปกรณ์ในการวิจัยเป็นเงินจำนวนหนึ่ง

กรณีการถ่ายทอดเทคโนโลยีก็เช่นเดียวกัน CBD กำหนดให้การถ่ายทอดเทคโนโลยีต้องอยู่ภายใต้ความตกลงร่วมกัน (mutually agreed terms) และกรณีเทคโนโลยีที่อยู่ภายใต้สิทธิบัตร หรือทรัพย์สินทางปัญญา การถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวก็ต้องคำนึงถึงการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาของเจ้าของเทคโนโลยีอีกด้วย⁴⁸ แม้ว่า CBD, Article 16.4 จะยอมให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการทางกฎหมาย การบริหาร หรือมาตรการอื่นเพื่อให้ภาคเอกชนที่เป็นเจ้าของเทคโนโลยีถ่ายทอดเทคโนโลยีก็ตาม แต่การดำเนินการตามมาตรานี้ต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาเช่นกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า การพิจารณาปัญหานี้ต้องแยกระหว่างผู้ขออนุญาตเข้าถึงที่เป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีที่มีทรัพย์สินทางปัญญา กับผู้ขออนุญาตเข้าถึงที่ไม่มีสิทธิ หรือไม่ได้เป็นเจ้าของเทคโนโลยี

ในกรณีที่ผู้ขออนุญาตเป็นสถาบัน หรือองค์กรที่มีได้เป็นเจ้าของเทคโนโลยีที่ประเทศผู้ให้เข้าถึงต้องการ ในทางปฏิบัติหากต้องคำนึงถึงเงื่อนไขที่ต้องตกลงร่วมกัน หรือต้องคำนึงถึงการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาแล้วอาจเป็นอุปสรรค หรือข้อจำกัดทำให้ไม่มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี อย่างแท้จริง เนื่องจากผู้ขออนุญาตเข้าถึงไม่ได้เป็นเจ้าของหรือผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีนั้น การร้องขอให้ผู้ทรงสิทธิในเทคโนโลยีต้องยินยอมให้มีการถ่ายทอด อาจเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก และอาจมีค่าใช้จ่ายสูง แม้หน่วยงานที่ขอเข้าถึงจะเป็นหน่วยงานภาครัฐก็ยังคงยากที่จะบังคับให้ภาคเอกชน ซึ่งมีใช้คู่สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้⁴⁹ การอนุญาตให้เข้าถึงในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ประเทศผู้อนุญาตให้เข้าถึงคงต้องตกลงผูกมัดให้ผู้ขออนุญาตเป็นผู้รับผิดชอบในการเจรจาทำข้อตกลง หรือชำระค่าถ่ายทอดเทคโนโลยีแทน

อย่างไรก็ดีหากเทคโนโลยีที่ต้องการให้มีการถ่ายทอดเป็นของผู้ขออนุญาตเข้าถึงโดยตรง หรือผู้ขออนุญาตเข้าถึงมีสิทธิถ่ายทอดเทคโนโลยีดังกล่าวได้ การเจรจาเพื่อให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีเพื่อแลกเปลี่ยนกับการอนุญาตให้เข้าถึงจะมีความเป็นไปได้สูงกว่า

2.2 พันธะในการถ่ายทอดเทคโนโลยีของประเทศกำลังพัฒนา

CBD กำหนดให้ประเทศสมาชิกทุกประเทศมีหน้าที่ในการถ่ายทอดเทคโนโลยี⁵⁰ ดังนั้นหน้าที่ในการถ่ายทอดเทคโนโลยีจึงเป็นหน้าที่สองทาง กล่าวคือ ประเทศกำลังพัฒนามีหน้าที่ถ่ายทอดเทคโนโลยีให้ประเทศอุตสาหกรรมเช่นกัน ดังนั้นภูมิปัญญาท้องถิ่น หรือความรู้พื้นบ้านของประเทศกำลังพัฒนาจึงอยู่ในข่ายเข้าถึงและถูกถ่ายทอดได้ด้วยเช่นกัน

ปัญหาสำคัญ คือ ความรู้หรือเทคโนโลยีของประเทศกำลังพัฒนาในรูปแบบของภูมิปัญญาท้องถิ่นมักจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ดังเช่นเทคโนโลยีของประเทศอุตสาหกรรม ทำ

⁴⁸ CBD, มาตรา 16.2.

⁴⁹ ประธานาธิบดีคลินตันของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยมีหนังสือถึงวุฒิสภาของสหรัฐยืนยันว่า การถ่ายทอดเทคโนโลยีตาม CBD จะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจของภาคเอกชนสหรัฐเท่านั้น และจะต้องไม่มีมาตรการบังคับใช้สิทธิ (Compulsory License).

⁵⁰ CBD, มาตรา 16.

ให้ประเทศกำลังพัฒนาเสียเปรียบประเทศอุตสาหกรรม และเมื่อประกอบกับประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ไม่มีระบบทะเบียน หรือฐานข้อมูลภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เป็นระบบจึงขาดความพร้อมในการปกป้องเทคโนโลยี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเอง และจะเป็นช่องทางให้ประเทศอื่นเข้าถึงและนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ได้ประโยชน์โดยง่าย การเร่งจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อการคุ้มครองภูมิปัญญาท้องถิ่นที่มีผลบังคับอย่างแท้จริง ตลอดจนการจัดทำทะเบียนภูมิปัญญาท้องถิ่นอย่างเป็นระบบจึงเป็นสิ่งที่ควรได้รับการพิจารณาอย่างจริงจัง

ประเทศไทยเป็นภาคีของ CBD จึงมีพันธกรณีในการถ่ายทอดเทคโนโลยีเช่นเดียวกัน ดังนั้นการวางหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการเข้าถึง เช่น การได้รับความยินยอมล่วงหน้า ตลอดจนการแบ่งปันผลประโยชน์ รวมทั้งการเร่งรัดจัดทำทะเบียนทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นจึงเป็นเรื่องที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการอย่างเร่งด่วน

ผู้วิจัยเห็นว่า ภายใต้แนวคิดของประเทศกำลังพัฒนา เกษตรกร หรือชนพื้นเมืองอนุรักษ์ และปรับปรุงทรัพยากรพันธุกรรมมิใช่เพราะต้องการผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเป็นด้านหลัก หรือต้องการยึดถือหวงกันไว้เป็นของส่วนตัว การให้ผลประโยชน์ตอบแทนในรูปของเงินในบางกรณีอาจกระทบต่อคติและความเชื่อของเกษตรกร หรือชนพื้นเมืองได้ ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่าในกรณีนี้นอกจากผลประโยชน์ในรูปเงินแล้ว การยกย่อง เชิดชู และให้เกียรติแก่เกษตรกร หรือชุมชนที่มีส่วนในการสร้างสรรค์ อนุรักษ์ ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญานั้นไว้ อาจจะเป็นรูปแบบผลประโยชน์ที่สอดคล้องกับวิถีและจารีตประเพณีของเกษตรกรมากกว่า

CBD ไม่ได้กำหนดว่า “ผลประโยชน์” (Benefit) ได้แก่สิ่งใดบ้าง จึงเป็นเรื่องที่คู่สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์จะกำหนดขึ้นตามความเหมาะสม⁵¹ ตัวอย่างของผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินอาจมีได้หลายรูปแบบ ดังนี้⁵²

ประเภทของผลประโยชน์	ลักษณะของผลประโยชน์
การแลกเปลี่ยนข้อมูล สารสนเทศ (Exchange of information)	ความร่วมมือทางด้านข้อมูลสารสนเทศ 1. การแบ่งปันผลการวิจัย หรือผลของการวิจัยเพิ่มเติม 2. การเข้าถึงฐานข้อมูล การแบ่งปันข้อมูลสารสนเทศที่เกี่ยวกับการอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ทรัพยากรพันธุกรรม 1. การเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศเกี่ยวกับการอนุรักษ์และการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร 2. การพัฒนาความรู้เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพื่ออาหารและการเกษตร 3. การพัฒนาความรู้เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

⁵¹ UNEP/CBD/COP/3/Inf.53.

⁵² Bert, Visser. et al. “Option for Non-monetary Benefit-sharing- An Inventory.” FAO Background Study Paper No.30, October 2005, pp.3-4.

ประเภทของผลประโยชน์	ลักษณะของผลประโยชน์
การเข้าถึง และการถ่ายทอดเทคโนโลยี (Access to and transfer of technology)	การเข้าถึงวัสดุ (Material) 1. การเข้าถึงตัวอย่างพันธุกรรมที่เก็บไว้ 2. การเข้าถึงผลิตภัณฑ์ 3. การเข้าพันธุ์พืชเพื่อการค้าเพื่อการวิจัย หรือปรับปรุงพันธุ์ต่อไป การเข้าถึงเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง 1. การถ่ายทอดความรู้ หรือเทคโนโลยี 2. การถ่ายทอดความรู้วิทยาการ (know-how) โปรแกรมคอมพิวเตอร์ และอุปกรณ์ 3. การร่วมทุนก่อตั้งสถาบันเพื่อสร้างสรรค์เทคโนโลยี การมีส่วนร่วมในการพัฒนาผลิตภัณฑ์ 1. การมีส่วนร่วมในการวางแผนหรือพิจารณาตัดสินใจ 2. การจัดการเกี่ยวกับกระบวนการผลิตสินค้าในเชิงพาณิชย์ 3. การมีสิทธิพัฒนาเป็นอุตสาหกรรมใหม่ หรือพันธุ์พืชใหม่ๆ 4. การเป็นหุ้นส่วนในทางเศรษฐกิจในการใช้ประโยชน์จากกรรมวิธี หรือผลิตภัณฑ์ การแบ่งปันสิทธิ 1. การเป็นเจ้าของร่วม หรือเป็นเจ้าของแต่ผู้เดียวในทรัพย์สินทางปัญญา 2. การได้รับสิทธิให้ใช้ประโยชน์จากกรรมวิธี หรือผลิตภัณฑ์ที่มีสิทธิบัตร โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน
การสร้างเสริมศักยภาพ (Capacity building)	การร่วมมือในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ หรือการพัฒนาหลักสูตร หรือโปรแกรมต่าง ๆ 1. การให้ความช่วยเหลือให้เป็นผู้ร่วมในการวิจัย 2. การทำสัญญา หรือข้อตกลงกับสถาบันในท้องถิ่น 3. การร่วมมือวิจัยทางวิทยาศาสตร์ หรือการพัฒนาเทคโนโลยี 4. การสนับสนุนเครื่องมือ หรืออุปกรณ์ในการวิจัยทางวิทยาศาสตร์ 5. การสนับสนุนการวิจัยในการทดลองภาคสนาม 6. การวิจัยที่มุ่งเน้นตามความจำเป็นของประเทศคู่สัญญา เช่น การวิจัยเกี่ยวกับความมั่นคงทางอาหาร 7. การให้นักวิจัยท้องถิ่นเข้าร่วมในการทำวิจัย การร่วมมือในการอนุรักษ์ 1. การสนับสนุนการอนุรักษ์ เช่น การให้ความช่วยเหลืออุปกรณ์ หรือเครื่องมือที่ใช้ในธนาคารพันธุกรรม 2. การช่วยเหลือเพิ่มจำนวนชนิดพันธุกรรมที่เก็บในธนาคารพันธุกรรม

ประเภทของผลประโยชน์	ลักษณะของผลประโยชน์
	3. การพัฒนายุทธศาสตร์ในการอนุรักษ์ และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม 4. การมอบ หรือเก็บตัวอย่างพันธุกรรมไว้กับธนาคารพันธุกรรมในประเทศคู่สัญญา การร่วมมือในด้านการศึกษา และการฝึกอบรม 1. การฝึกอบรมการสำรวจ และเก็บตัวอย่างพันธุกรรม 2. การฝึกอบรมการอนุรักษ์ในสภาพธรรมชาติ และนอกสภาพธรรมชาติ 3. การฝึกอบรมเกี่ยวกับข้อมูลสารสนเทศด้านเทคโนโลยี การบริหารจัดการ การเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ การสร้างเสริมศักยภาพ 1. การเพิ่มศักยภาพทางวิทยาศาสตร์ 2. การลงทุนในการวิจัย และการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน 3. การลงทุนเพื่อเพิ่มศักยภาพในอุตสาหกรรมท้องถิ่น 4. การให้รับผิดชอบในกระบวนการผลิตสินค้าในเชิงพาณิชย์ 5. การสร้างความสัมพันธ์ในระหว่างนักวิจัย 6. การแลกเปลี่ยนบุคลากร

(3) ผู้มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์

เนื่องจากการอนุรักษ์ พัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องเกิดจากกระบวนการภายใต้สังคมแบบเกษตรกรรม ภายใต้วิถีแห่งชุมชน กระบวนการดังกล่าวจะมีพลวัต (Dynamic) และดำเนินการร่วมกันจากสมาชิกภายในครอบครัว ภายในชุมชน รวมทั้งชุมชนเกษตรกรใกล้เคียง การคัดเลือก การผสมพันธุ์ การเพาะปลูก การเก็บเกี่ยว ตลอดจนการรักษาเมล็ดพันธุ์ล้วนสัมพันธ์กับความรู้หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องอย่างแยกไม่ได้ ความรู้เหล่านี้จะได้รับการพัฒนาต่อยอดจากเกษตรกรรุ่นหนึ่งไปสู่อีกรุ่นหนึ่ง ดังนั้นทรัพยากรพันธุกรรม ตลอดจนภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องในปัจจุบันจึงเป็นผลมาจากความคิดสร้างสรรค์ การสั่งสม และการส่งผ่านต่อกันมาจากเกษตรกรในอดีตจนถึงปัจจุบัน การกำหนดให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์แต่ผู้เดียวจึงไม่ถูกต้อง และในทางปฏิบัติก็ทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้เลย

จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า CBD ระบุกว้างๆ ให้ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมเป็นผู้มีสิทธิได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ โดยให้เป็นเรื่องของกฎหมายภายในที่จะกำหนดผู้ได้รับผลประโยชน์

ส่วนใน ITPGR ระบุให้ผลประโยชน์ทางการเงินตกได้แก่กองทุน (Trust Fund) จากนั้นค่อยแบ่งแก่ประเทศด้อยพัฒนา ประเทศกำลังพัฒนา และประเทศที่อยู่ระหว่างปรับตัวทางเศรษฐกิจเป็นลำดับแรก และจากการศึกษากฎหมายภายในของบางประเทศนั้น ส่วนใหญ่จะกำหนดให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์อย่างชัดเจน เช่น ประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้ต้องแบ่งปันผลประโยชน์แก่รัฐบาลและชุมชนท้องถิ่นด้วย

⁵³ ประเทศบราซิลกำหนดให้ต้องจ่ายเงินส่วนแบ่งผลประโยชน์เข้ากองทุนพิเศษเพื่อการอนุรักษ์และวิจัย

⁵⁴ ประเทศไทยกำหนดให้ต้องจ่ายส่วนแบ่งผลประโยชน์เข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช หรือแก้มขมิ้น⁵⁵

กล่าวโดยสรุป ผู้ได้รับผลประโยชน์อาจแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ผู้ที่ได้รับผลประโยชน์โดยตรง (Direct Stakeholders) เช่น หน่วยงาน หรือองค์กรทั้งที่เป็นของรัฐ เอกชน หรือสถาบันการศึกษา หรือเป็นบุคคลที่ได้รับเงินส่วนแบ่งผลประโยชน์โดยตรง และผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ทางอ้อม (Indirect Stakeholders) เช่น ผู้บริโภค หรือสังคมโดยรวม

(ก) ปัญหาความหมาย “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) ในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

ผู้เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น หากพิจารณาอย่างแคบอาจหมายถึงเฉพาะผู้จัดหา (Provider) และผู้ใช้ (User) แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากลักษณะของทรัพยากรพันธุกรรมที่มีความสัมพันธ์ต่อสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ทำให้อาจมีบุคคลอื่นที่ส่วนเกี่ยวข้อง หรือเป็นผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ในการเข้าถึง ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม อย่างไรก็ตามในบางกรณี “ผู้มีส่วนได้เสีย” อาจไม่สามารถกำหนดเป็นรูปธรรมได้ชัดเจน และในกรณีที่เป็นกลุ่มบุคคล หรือชุมชนยังอาจมีปัญหาในการกำหนดว่าผู้ใดจะเป็นตัวแทนของกลุ่มบุคคล หรือชุมชนนั้น ความไม่ชัดเจนดังกล่าวอาจเป็นปัญหาต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ทั้งในแง่กระบวนการขออนุญาตเข้าถึง และกระบวนการจัดสรรแบ่งปันผลประโยชน์

มติของ CBD ที่ VII/19 B เรียกร้องให้ประเทศภาคี องค์กรที่เกี่ยวข้อง ชนพื้นเมือง ตลอดจนชุมชนท้องถิ่นส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความหมายและขอบเขตของถ้อยคำต่างๆ รวมทั้ง “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) ซึ่งประเทศต่างๆ ได้ให้ความหมายที่แตกต่างกันอยู่บ้าง ดังนี้⁵⁶

ประเทศสาธารณรัฐเชค (Czech Republic) เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “ผู้ที่เกี่ยวข้องหรือสนใจ (subject involved and/or interested) ในการศึกษาวิจัย การอนุรักษ์ และการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรพันธุกรรม”

ประเทศมาดากัสกา (Madagascar) เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “คู่สัญญาในสัญญา”

ประเทศอังกฤษ เสนอว่า “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) หมายถึง “บุคคลธรรมดา หรือองค์กร หรือกลุ่มบุคคลที่รวมตัวกันอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการที่ได้รับผลกระทบจาก หรือมีความสนใจในกิจกรรมที่เกี่ยวกับการได้มา การใช้ หรือการจัดหาทรัพยากรพันธุกรรม ผู้มีส่วนได้เสียเกี่ยวกับการอนุรักษ์ หรือการให้อนุญาตในการเก็บตัวอย่าง หรือการให้ความยินยอมล่วงหน้าในการเข้าถึงอาจหมาย

⁵³ Executive Order 247.

⁵⁴ Brazil's Bill on Access to Genetic Resources, 1997.

⁵⁵ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 มาตรา 52.

⁵⁶ โปรดดู Executive Secretary. “Further Consideration of Outstanding Issues Related to Access and Benefit-Sharing: Use of Terms, Definitions and/or Glossary, as appropriate.” Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, 3rd Meeting Bangkok, 14-18 February 2005. (UNEP/CBD/WG-ABS/3/4).

รวมถึงหน่วยงานทางราชการที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานท้องถิ่น หรือเอกชน เช่น เจ้าของที่ดิน ชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น เกษตรกร หรือองค์กรเอกชน ผู้มีส่วนได้เสียเหล่านี้มักถูกระบุในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์”

จะเห็นได้ว่าความเห็นเกี่ยวกับขอบเขต และความหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์มีความแตกต่างกันในแต่ละประเทศ แต่ผู้วิจัยเห็นว่าการกำหนดให้ “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) มีขอบเขตที่กว้าง ดังเช่นข้อเสนอประเทศคอสตาริกา และประเทศอังกฤษจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วน รวมทั้งผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้รับการรับรู้ถึงสถานะ ความมีตัวตน ซึ่งจะนำไปสู่การปกป้อง คุ่มครองสิทธิ และการแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไป

(ข) กรณีศึกษาการให้ความหมาย “ผู้มีส่วนได้เสีย” (Stakeholder) ในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ

1. ประเทศคอสตาริกา (Costa Rica)

ในสัญญาระหว่าง INBio และ Merck ได้ระบุถึงกระทรวงสิ่งแวดล้อมและพลังงาน (Ministry of Environment and Energy-MINAE) ทั้งที่ MINAE ไม่ได้เป็นคู่สัญญา แต่การที่ MINAE เข้ามาเกี่ยวข้องในสัญญาด้วยเนื่องจากก่อนหน้านี้ INBio ได้ทำสัญญากับ MINAE เพื่อร่วมมือจัดทำฐานข้อมูลความหลากหลายทางชีวภาพของชาติ (Cooperation Agreement, 7 October 1994) ตามสัญญาความร่วมมือดังกล่าวอนุญาตให้ INBio สืบค้นพันธุกรรมเพื่อแสวงหาประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้ และกำหนดว่างบประมาณในการสำรวจไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 จะต้องนำไปใช้สนับสนุนการจัดการคุ้มครองพื้นที่อนุรักษ์ (Clause 11) และผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ INBio ได้รับร้อยละ 50 ต้องมอบแก่ MINAE (Clause 12)

ดังนั้นเมื่อ INBio ทำสัญญากับ Merck ในสัญญาจึงระบุให้รายได้ค่าสิทธิไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ที่ INBio ได้รับจะต้องมอบแก่ MINAE ในกรณีนี้จึงถือว่า MINAE เป็นผู้มีส่วนได้เสียในสัญญาระหว่าง INBio และ Merck

กรณีทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ในพื้นที่ของเอกชน ก็ถือว่าเอกชนเจ้าของพื้นที่มีฐานะเป็นผู้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรม ตามกฎหมาย (Law 7788) และเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ตามกฎหมาย Article 36, Law 7313 of 7 December 1992⁵⁷ ประชาชนคอสตาริกายังมีสิทธิใช้ประโยชน์จากผลิตภัณฑ์ หรือผลิตภัณฑ์ต่อเนื่อง (Products or byproducts) จากพันธุกรรมที่ทราบเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นเมื่อตีความอย่างกว้างแล้วประชาชนคอสตาริกาทุกคนถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียในทรัพยากรพันธุกรรมด้วยเช่นกัน

⁵⁷ School of International and Public Affairs, Columbia University. *supra* note 37. p.19.

2. ประเทศบราซิล (Brazil)

การสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศบราซิล ตามข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) และ Universidade Paulista (UNIP) นอกจากจะถือว่าคู่สัญญาโดยตรงเป็นผู้มีส่วนได้เสียแล้ว ในกรณีนี้ยังถือว่ารัฐบาลสหรัฐอเมริกาเป็นผู้มีส่วนได้เสียด้วยโดย NCI เป็นตัวแทนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา

กรณีทรัพยากรพันธุกรรมอยู่ในพื้นที่ของเอกชนๆ ที่เป็นเจ้าของพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธุกรรมก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน (อย่างไรก็ตามพื้นที่ที่จะขอเข้าสำรวจในกรณีนี้จำกัดเฉพาะพื้นที่สาธารณะเท่านั้น) และกรณีการสำรวจในพื้นที่อนุรักษ์ของรัฐเซาเปาโล ถือว่าฝ่ายบริหารของเซาเปาโล (The São Paulo State Government) ก็เป็นผู้มีส่วนได้เสีย

นอกจากนี้ในเขตพื้นที่อนุรักษ์ของรัฐเซาเปาโลเป็นที่อยู่ของชุมชนท้องถิ่น (Traditional Communities and Indigenous populations) ตามกฎหมายถือว่าชุมชนเหล่านี้เป็นผู้ครอบครองทรัพยากรพันธุกรรมตามจารีตประเพณีจึงถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน แม้ในข้อตกลงระหว่าง NCI กับ UNIP จะไม่ได้ระบุถึงชุมชนเหล่านี้ก็ตาม โดยกฎหมายท้องถิ่นของรัฐเซาเปาโลกำหนดให้ฝ่ายบริหารของรัฐเซาเปาโลมีสิทธิขอให้ผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมแสดงหลักฐานการได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชุมชนเหล่านี้ก่อนที่ฝ่ายบริหารจะพิจารณาอนุญาตให้เข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรมในพื้นที่ดังกล่าวได้ กฎหมายฉบับนี้ยังระบุอีกว่าทรัพยากรพันธุกรรมท้องถิ่น หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ

3. ประเทศโคลัมเบีย (Columbia)

ประเทศโคลัมเบียเป็นสมาชิก Andean Pact จึงต้องปฏิบัติตามมติที่ 391 ที่กำหนดให้รัฐ และผู้ยื่นคำขออนุญาตเป็นผู้มีส่วนได้เสีย และรวมถึงบุคคลอื่นๆ ตามที่กำหนดในนิยามในมติที่ 391 อีกด้วย

ในประเทศโคลัมเบีย Ministry of Environment (MNA) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แต่ประชาชนทั่วไปอาจเข้ามีส่วนร่วมในการพิจารณาได้ตามหลักการมีส่วนร่วมในการอนุญาตให้สิทธิ (Principle of participation consigned) ตามที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย (Constitution, 1991 และ Law 99 of 1993) และกรณีคำขออนุญาตของ BioAndes นั้นองค์กรภาคประชาชน (Grupo Semillas) ก็ได้เสนอความเห็นคัดค้านต่อ MNA เช่นกัน⁵⁸ แสดงให้เห็นว่าผู้มีส่วนได้เสียในประเทศโคลัมเบียมีขอบเขตที่กว้างพอสมควร และทำให้ภาคประชาชนชุมชนพื้นเมืองสามารถมีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาคำขออนุญาตได้

4. ประเทศแคเมอรูน (Cameroon)

ในข้อตกลงระหว่าง National Cancer Institute (NCI) และ Missouri Botanical Garden (MBG) ของประเทศสหรัฐอเมริกากับ University of Yaounde's Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูน ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักที่การปลูกต้น *Ancistrocladus Korupensis* เพื่อเก็บใบซึ่งเชื่อว่ามีสารที่

⁵⁸ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* pp.39-40.

ออกฤทธิ์ฆ่าเชื้อไวรัส HIV ได้ ในการปลูกจะใช้พื้นที่ในจังหวัด Kurup ทางตะวันตกเฉียงใต้ของประเทศ แคมรูน ซึ่งครอบคลุมประชาชนในหมู่บ้านกว่า 100 แห่ง

ในการทำข้อตกลงนี้รัฐบาลแคมรูนได้มอบหมายให้หน่วยงานของรัฐบาล ได้แก่ Ministry of Environment and Forestry, Ministry of Scientific and Technical Research, Commission for the Exploitation and Conservation of *A.korupenis*, Purdue University เป็นผู้ช่วยเหลือการดำเนินการของ NCI, MBG และ University of Yaounde ดังนั้นหน่วยงานของรัฐบาลดังกล่าวจึงถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน

นอกจากนี้เนื่องจากการเก็บ *A.korupenis* จะดำเนินการในเขตของ The Korup National Park ด้วย ดังนั้น The Korup National Park รวมทั้งชุมชนในเขตอุทยานก็ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน ⁵⁹

5. ประเทศฟีจี (Fiji)

ในสัญญาสำรวจทรัพยากรชีวภาพระหว่าง The Strathclyde Institute of Drug Research (SIDR) ของ University of Strathclyde ในประเทศสกอตแลนด์ กับ University of the South Pacific (USP) ของประเทศฟีจี แม้จะระบุผู้มีส่วนได้เสียเฉพาะ SIDR และ USP แต่ในสัญญาได้กล่าวถึงรัฐบาลฟีจี และเอกชนผู้เป็นเจ้าของพื้นที่ที่จะเข้าสำรวจทรัพยากรพันธุกรรม

โดยในสัญญากำหนดให้ USP ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐบาลฟีจี และได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากเอกชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรในการสกัดตัวอย่างสารทางชีวภาพและส่งให้แก่ SIDR นอกจากนี้สัญญาดังกล่าวยังเน้นการส่งเสริมการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพด้วย ดังนั้นจึงถือว่าประชาชนฟีจีทุกคนมีส่วนได้เสียในกรณีนี้ด้วย

มีข้อสังเกตที่น่าสนใจว่า USP ได้ทำสัญญาย่อยอีกฉบับหนึ่งกับชนพื้นเมือง *tikina* ในเขตพื้นที่ Verata (USP- Verata Contract) เพื่อกำหนดการแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับชุมชน รวมทั้งระบุจำนวนตัวอย่าง (500 ตัวอย่าง) ที่จะเก็บจากพื้นที่สำรวจในเขตจับปลา และในป่าของชนพื้นเมือง *tikina* ⁶⁰ นอกจากนี้ผลประโยชน์ด้านเทคโนโลยีที่ตกได้แก่ USP จะเพิ่มศักยภาพของมหาวิทยาลัยในการคัดแยกและสกัดยาจากธรรมชาติ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศต่างๆ 12 ประเทศในภูมิภาคนี้ ⁶¹

จากกรณีศึกษาการตีความขอบเขตผู้มีส่วนได้เสียในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ผู้วิจัยเห็นวาทสิทธิเหนือทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาเป็นของชุมชน (Community) เป็นสิทธิร่วมกันของสมาชิกในชุมชนนั้นๆ (Collective Rights) ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาจึงควรตกได้แก่ชุมชนเป็นหลัก โดยหัวหน้า หรือผู้นำชุมชน ซึ่งมักเป็นที่เคารพของสมาชิกในชุมชนควรเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์โดยอาจจัดแบ่งและใช้เพื่อประโยชน์ของชุมชนโดยรวม หรืออาจแบ่งให้แก่เกษตรกรบางรายที่มีบทบาทอย่างมีนัยสำคัญต่อการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญานั้นก็ได้

⁵⁹ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* pp.45-47.

⁶⁰ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* pp.51-52.

⁶¹ School of International and Public Affairs, Columbia University. *ibid.* p.54.

แต่ทั้งนี้ในการบริหารจัดการเพื่อให้มีประสิทธิภาพสูงสุด รัฐควรเป็นแกนหลักในการทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ จากนั้นจึงค่อยแบ่งปันผลประโยชน์ต่อไปให้ชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง โดยผ่านไปทางหัวหน้า หรือผู้นำชุมชน และควรกำหนดรายละเอียดของการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะตกได้แก่ชุมชนไว้ให้ชัดเจนตั้งแต่ขั้นจัดทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ความหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จึงควรมีขอบเขตที่กว้างเพื่อให้ครอบคลุมบุคคลทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง หรืออาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมนั้น

4. สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing Agreement)

การใช้เงื่อนไขของสัญญาเป็นรูปแบบการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้รับ ความนิยมมากที่สุด⁶² แต่รูปแบบของสัญญาไม่ได้ใช้เฉพาะการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมระหว่างผู้ใช้ และผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมเท่านั้น แต่ยังได้รับความนิยมใช้ในการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อวัตถุประสงค์อื่นอีกด้วย เช่น การมอบทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรม (Gene-Bank) การถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัย พัฒนา หรือเพื่อใช้ในเชิงพาณิชย์ เป็นต้น

สัญญาเหล่านี้อาจจัดทำในรูปสัญญาปกติ หรือทำเป็นข้อตกลงในการถ่ายโอนทรัพยากรพันธุกรรม และการแบ่งปันผลประโยชน์ ซึ่งเรียกกันทั่วไปว่า “สัญญาถ่ายโอนวัสดุพันธุกรรม” (Material Transfer Agreement – MTA) ก็ได้

เงื่อนไขต่างๆ ที่ควรระบุในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์เป็นสิ่งที่คู่สัญญาต้องกำหนดขึ้นภายใต้หลักการตกลงร่วมกัน (Mutually agreed terms) อย่างไรก็ตามในปัจจุบัน ITPGR ได้จัดทำร่างสัญญามาตรฐานเพื่อการถ่ายโอนวัสดุพันธุกรรม (Draft Standard Material Transfer Agreement) ซึ่งในการประชุมขององค์กรบริหาร (Governing Body-GB) ของ ITPGR สมัยที่หนึ่งเมื่อวันที่ 12-16 มิถุนายน ค.ศ.2006 ณ กรุงมาดริด ประเทศสเปน ได้มีมติรับรองร่างสัญญามาตรฐานดังกล่าว⁶³ นอกจากนี้กฎหมายแม่แบบ ตลอดจนกฎหมายภายในของบางประเทศได้กำหนดรายละเอียดเงื่อนไขที่ควรระบุในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ด้วย ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

(1) African Model Law on the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders, and for the Regulation of Access to Biological Resources, 2001

African Model Law ขององค์กรเอกภาพแอฟริกัน (OAU) ได้กำหนดเงื่อนไขที่ควรบรรจุในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ดังต่อไปนี้

⁶² UNEP/CBD/COP/5/8. Para.53.

⁶³ Earth Negotiations Bulletin. Vol.9 No.369, 19 June 2006, p.5.

1. เงื่อนไขให้การวิจัยและพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชควรดำเนินการภายในประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าว⁶⁴
2. การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชควรได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior informed consent) ทั้งจากหน่วยงานของรัฐ และชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น⁶⁵
3. เงื่อนไขสำคัญอื่นที่ต้องตกลงกันให้ได้ข้อยุติก่อนการทำสัญญา⁶⁶ ซึ่งอาจรวมถึงเงื่อนไขให้ต้องอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ⁶⁷
4. คำรับรองที่จะมอบข้อมูลจากการวิจัย หรือมอบสำเนาตัวอย่างพันธุกรรม (Duplicate specimens)⁶⁸
5. ข้อตกลงรับรองที่จะไม่โอน หรือมอบทรัพยากรพันธุกรรม ความรู้ กรรมวิธี หรือนวัตกรรมที่เกี่ยวข้องให้แก่บุคคลที่สามโดยไม่ได้รับอนุญาต⁶⁹
6. ข้อตกลงรับรองที่จะไม่ขอรับสิทธิบัตร⁷⁰
7. ข้อตกลงจ่ายค่าแรงเพื่อตอบแทนการค้นพบคุณสมบัติพิเศษของทรัพยากรพันธุกรรมพืช ภูมิปัญญาของเกษตรกร หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น รวมทั้งตอบแทนค่าใช้จ่ายต่างๆ ในหน่วยงานของรัฐต้องเสียไปเพื่อให้มีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม⁷¹
8. ข้อตกลงรับรองว่าจะปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ ที่ได้ตกลงร่วมกัน รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขให้ต้องคำประกัน เนื่องจากผู้ทำข้อตกลงเข้าถึงอาจเดินทางออกนอกประเทศไม่ได้อยู่ในประเทศที่ให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม⁷²

⁶⁴ African Model Law, Article 4.1 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการของ CBD, Article 15.6 ที่ต้องการให้ทำการวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมภายในดินแดนของประเทศภาคีผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวหากเป็นไปได้.

⁶⁵ African Model Law, Article 4.2 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการได้รับความยินยอมล่วงหน้า และหลักการแบ่งปันผลประโยชน์ใน CBD, Article 15.6 และ 8(j).

⁶⁶ African Model Law, Article 4.3 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการการตกลงร่วมกัน (Mutually agreed terms) ใน CBD, Article 15.4.

⁶⁷ African Model Law, Article 4.3(a), (g), (h) และ Article 4.9 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 6, 7, 8(c), (d), (j), (k) และ (l), 9(c), (d), 10(a), (b).

⁶⁸ African Model Law, Article 4.3(b), (c), (g) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.7, 17.2.

⁶⁹ African Model Law, Article 4.3(d) ซึ่งสอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.5.

⁷⁰ African Model Law, Article 4.3(e) เงื่อนไขข้อนี้แม้จะไม่ปรากฏโดยชัดแจ้งใน CBD แต่หลักการไม่ให้สิทธิบัตรในทรัพยากรชีวภาพเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับทั่วไปในประเทศกำลังพัฒนา และ CBD, Article 16.2 ก็กล่าวถึงทรัพย์สินทางปัญญาโดยทั่วไปเท่านั้น ไม่ได้ระบุชัดเจนว่าจะต้องให้ความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในทรัพยากรชีวภาพ จึงเป็นประเด็นที่เปิดกว้างแก่ประเทศสมาชิก เมื่อประกอบกับประเด็นนี้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงระหว่างประเทศกำลังพัฒนาและประเทศอุตสาหกรรม และอาจมีการแก้ไข TRIPS มาตรา 27.3b ต่อไปในอนาคต ดังนั้นจึงเป็นสิ่งสมควรที่อย่างน้อยจะห้ามไม่ให้ขอรับสิทธิบัตร.

⁷¹ African Model Law, Article 4.3(f) เงื่อนไขข้อนี้อยู่บนหลักการตอบแทนแรงงาน หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ ที่เสียไปเพื่อให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม.

⁷² African Model Law, Article 4.4, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8 ซึ่งสอดคล้องกับหลักการใน CBD, Article 15.4 และ มติที่ VII/19 ของ COP7.

(2) Access to Genetic Resources, Bill of Law No.306/95 ประเทศบราซิล

กฎหมายดังกล่าวยังครอบคลุมถึงกรณีปัญหาท้องถิ่นอีกด้วย โดยมี Genetic Resources Committee เป็นองค์กรผู้บริหารและบังคับใช้กฎหมาย

ในมาตรา 22 ของกฎหมายดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขที่ต้องระบุในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ดังนี้

1. วัตถุประสงค์หลักของสัญญา
2. กำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญา สิทธิเชิงพาณิชย์เหนือผลิตภัณฑ์ (Product) ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมตามสัญญา และเงื่อนไขในการใช้สิทธิดังกล่าว
3. การโอนสิทธิในการได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมไม่อาจโอนให้แก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากหน่วยงานของรัฐ และในกรณีทรัพยากรพันธุกรรมที่มีชุมชนท้องถิ่นเกี่ยวข้องด้วย การโอนสิทธิต้องได้รับความยินยอมจากชุมชนท้องถิ่นนั้นด้วยเช่นกัน
4. ผู้ขออนุญาตต้องแจ้งรายละเอียดของการวิจัย การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมนั้น
5. ผู้ขออนุญาตต้องส่งรายงานที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย หรือการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมแก่หน่วยงานของรัฐ
6. ผู้ขออนุญาตต้องรายงานให้ทราบถึงผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่ได้มาจากทรัพยากรพันธุกรรม และในกรณีผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีที่ได้มาแตกต่างจากที่ได้รายงานไว้ ผู้ขออนุญาตต้องรายงานให้ทราบด้วยเช่นกัน
7. ผู้ขออนุญาตต้องรับรองว่าจะส่งรายงานผลการดำเนินงานของผู้ขออนุญาตให้แก่รัฐเป็นประจำ
8. การขนส่ง หรือส่งผ่านทรัพยากรพันธุกรรมไปยังพื้นที่อื่นนอกเหนือจากพื้นที่ที่ได้รับอนุญาต จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐก่อน
9. ผู้ขออนุญาตต้องเก็บตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรม ผลิตภัณฑ์ หรือวัสดุที่เกี่ยวข้องไว้กับสถาบันหรือองค์กรที่รัฐกำหนด และห้ามมิให้นำตัวอย่างเดี่ยว (Single sample) ของทรัพยากรพันธุกรรมออกนอกประเทศ
10. กำหนดเงื่อนไขรักษาความลับ
11. การใช้สิทธิของผู้ขออนุญาตเข้าถึงต้องไม่ขัดกับกฎหมายป้องกันการผูกขาด
12. ผู้ขออนุญาตต้องวางเงินประกัน หรือหลักประกันความเสียหายจากการผิดสัญญา
13. ผู้ขออนุญาตต้องชดเชยค่าเสียหายหากทำให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม
14. ผู้ขออนุญาตต้องปฏิบัติตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

(3) ประสบการณ์ของประเทศคอสตาริกา

ประเทศคอสตาริกาได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์หลายฉบับ ได้สรุปหลักการพื้นฐานของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่ใช้เป็นเกณฑ์ในประเทศคอสตาริกาดังนี้⁷³

1. ชำระค่าตอบแทนเป็นเงินสด หรือชำระโดยการถ่ายทอดเทคโนโลยี เช่น เครื่องมือ การฝึกอบรม เทคโนโลยี หรือโน้ตต่าง ๆ
 2. ชำระเงิน 10% ของงบการลงทุนในโครงการนั้นๆ และชำระ 50% ของรายได้ในเชิงพาณิชย์ที่เกิดจากผลิตภัณฑ์นั้น
 3. เงื่อนไขความร่วมมือโดยถ่ายทอดกรรมวิธีในการสำรวจ เพื่อสร้างงานภายในประเทศคอสตาริกา
 4. เงื่อนไขการจำกัดระยะเวลาที่ให้สิทธิพิเศษ (Exclusivity)
 5. เงื่อนไขข้อตกลงเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในตัวอย่างพันธุกรรม หรือสิทธิในสิทธิบัตร
 6. เงื่อนไขการใช้วิธีสังเคราะห์ทางเคมี หรือกึ่งสังเคราะห์ทางเคมีเพื่อลดการใช้ตัวอย่างวัสดุชีวภาพจากสภาพธรรมชาติ
 7. มาตรการทางกฎหมายที่คุ้มครองคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย
- จากตัวอย่างของเงื่อนไขในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าโดยภาพรวมแล้วเงื่อนไขหลักๆ ในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์จะมีความใกล้เคียงกัน อย่างไรก็ตามการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ควรจะต้องอยู่บนพื้นฐานของการเจรจาตกลงร่วมกัน Bonn Guidelines ได้ให้รายการที่คู่สัญญาพึงต้องเจรจาตกลงร่วมกันในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ดังนี้⁷⁴
1. ชนิดและจำนวนของพันธุกรรมที่ขอเข้าถึงและนำไปใช้ประโยชน์ รวมทั้งอาณาเขตพื้นที่ที่เข้าถึง และดำเนินกิจกรรมตามสัญญา
 2. ข้อจำกัดใดๆ ที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรม
 3. การเพิ่มพูนศักยภาพ (Capacity-building) ในด้านต่างๆ
 4. เงื่อนไขที่ทำให้อาจเจรจาเพื่อเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อสัญญาที่ได้ทำไปแล้ว
 5. เงื่อนไขต่างๆ ที่ใช้กับกรณีที่มีการโอนพันธุกรรมให้แก่บุคคลอื่นต่อไป เช่น การกำหนดให้บุคคลอื่นต้องทำสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น
 6. เงื่อนไขเกี่ยวกับการยอมรับ และอนุรักษ์ความรู้ วัฒนธรรม หรือจารีตประเพณีของชนพื้นเมืองหรือชุมชนท้องถิ่น รวมทั้งการคุ้มครองและส่งเสริมการใช้ประโยชน์จากพันธุกรรมตามจารีตประเพณี
 7. เงื่อนไขเกี่ยวกับการรักษาความลับ
 8. เงื่อนไขเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ในเชิงพาณิชย์ รวมทั้งการใช้ผลิตภัณฑ์ (Product) หรือผลิตผลของพันธุกรรม (Derivatives)

⁷³ Government of Costa Rica. "Benefit Sharing: Experience of Costa Rica." Paper prepared for the Second Regional Workshop of the UNCTAD "Project on Strengthening Research and Policy Making Capacity on Trade and Environment in the Developing Countries". May 31-June 3, 2000 La Habana, Cuba. p.3.

⁷⁴ Bonn Guidelines. Para. 44.

5. การเจรจาจัดทำระบบสากลว่าด้วยการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit-Sharing) ภายใต้ CBD

(1) จุดยืนของฝ่ายต่าง ๆ

แนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ยังคงถือได้ว่าเป็นแนวคิดใหม่ที่ประชาคมระหว่างประเทศยังมีความคิดเห็นที่แตกต่างกัน จุดยืนหรือมุมมองของหลายภาคส่วนทำให้การเจรจาเพื่อจัดทำระบบการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์สากลยังไม่อาจประสบความสำเร็จได้ในเร็ววัน จุดยืน หรือมุมมองของภาคส่วนต่างๆ ที่สำคัญต่อการจัดทำระบบการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์สากล ผู้วิจัยขอแยกพิจารณาเป็นดังนี้

(ก) ฝ่ายประเทศอุตสาหกรรม

ภาคอุตสาหกรรม (Industry Sector)

ภาคอุตสาหกรรมไม่สนับสนุนการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศใดๆ ที่จะมีผลผูกมัดทางกฎหมาย และในทางตรงข้ามภาคอุตสาหกรรมจะส่งเสริมให้เพิ่มระดับการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตให้สูงขึ้น⁷⁵ ภาคอุตสาหกรรมยอมรับว่าการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับประเทศ (National Regimes) จะเป็นประโยชน์ต่อระบบที่จะคุ้มครองสิทธิของชุมชนพื้นเมือง แต่ระบบดังกล่าวจะต้องไม่มีผลกระทบ หรือเปลี่ยนแปลงระบบที่มีอยู่แล้วในปัจจุบัน⁷⁶

ภาครัฐ (Government Sector)

ประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ยอมรับหลักการ และแนวคิดการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ไม่มีสภาพบังคับทางกฎหมาย แต่เป็นระบบที่เปิดโอกาสให้แต่ละประเทศดำเนินการโดยสมัครใจ (Voluntary and non-binding) ดังเช่น Bonn Guidelines on Access and Benefit-Sharing

(ข) ฝ่ายประเทศกำลังพัฒนา

ภาคประชาสังคม (Civil Society Groups)

ภาคประชาสังคม และองค์กรภาคเอกชนในประเทศกำลังพัฒนา (บางส่วนจากประเทศอุตสาหกรรม) แสดงความกังวลต่อปัญหาที่ประเทศอุตสาหกรรมนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้ประโยชน์

⁷⁵ โปรดดู International Chamber of Commerce, Commission on Biosociety and Commission on Intellectual Property. "Discussion Paper- Access and Benefit-Sharing for Genetic Resources, October 2004 ใน www.iccwbo.org/home/statement_rules/statements/2004/212-12E.pdf.

⁷⁶ โปรดดู International Chamber of Commerce. "Global Roadmap for Modern Biotechnology." July 2001 ใน www.iccwbo.org/biosociety/mainpages/programme/roadmap/asp#iii5p2.

โดยไม่ยอมแบ่งปันผลประโยชน์ หรือที่รู้จักกันทั่วไปว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Biopiracy) การจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต (Patent on life form) รวมทั้งกังวลว่าแนวทางการแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นแนวทางที่ถูกต้องหรือไม่ในการอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพ การพัฒนาที่ยั่งยืน และความเป็นธรรม⁷⁷ ในการประชุมภาคี CBD (COP7) ที่ประเทศมาเลเซีย องค์กรภาคเอกชนได้เสนอว่า ระบบแบ่งปันผลประโยชน์ควรคำนึงถึงหลักการดังต่อไปนี้⁷⁸

1. หลักสิทธิร่วมกันที่ไม่อาจแบ่งแยกได้ของชนพื้นเมือง เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่นที่มีอยู่เหนือที่ดินทรัพยากรธรรมชาติ (รวมถึงทรัพยากรพันธุกรรม) และภูมิปัญญาท้องถิ่น
2. การได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากชนพื้นเมือง ชุมชนท้องถิ่น หรือประเทศที่เป็นแหล่งกำเนิดของทรัพยากรพันธุกรรม โดยในคำขอรับความยินยอมต้องระบุชื่อผู้ใช้ วัตถุประสงค์อย่างชัดเจน และสิทธิในการปฏิเสธการเข้าถึงควรต้องได้รับการยืนยัน
3. ไม่ควรมีการจดสิทธิบัตรในทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และ CBD ควรยับยั้งการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต

ภาครัฐ (Government Sector)

ประเทศกำลังพัฒนาโดยเฉพาะในกลุ่มที่มีความหลากหลายทางชีวภาพสูง (Like-Minded Megadiverse Countries) ต้องการให้ระบบแบ่งปันผลประโยชน์มีความเข้มงวด เพื่อให้ประเทศเหล่านี้สามารถนำไปใช้เพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียกร้องให้ปรับระบบสิทธิบัตรเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของ CBD

6. การเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลงสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International Regime on Access and Benefit Sharing)

การกำหนดให้ผู้ขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์นั้นๆ (Disclosure Requirement) และเป็นประเด็นสำคัญที่มีผลต่อประสิทธิภาพของการแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศกำลังพัฒนาได้พยายามผลักดันประเด็นนี้ตั้งแต่ครั้งการเจรจา WTO ณ กรุงโดฮา ประเทศกาตาร์

CBD ได้เผยแพร่ และชักนำองค์กรอื่นๆ อาทิ WTO, Standing Committee on Patents และ Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore (IGC) ของ WIPO และ PCT Reform Working Group ของ WIPO ฯลฯ ให้รับหลักการแบ่งปันผลประโยชน์โดยใช้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม

⁷⁷ โปรดดู ETC Group. “From Global Enclosure to Self Enclosure: Ten Years After- A Critique of the CBD and the ‘Bonn Guidelines’ on Access and Benefit Sharing.” (11 February, 2004) www.etcgroup.org/article.asp?newsid=432.

⁷⁸ โปรดดู ECO 10(9), 19 February 2004 www.itdg.org/docs/advocacy/eco_cop7-9.pdf.

แต่แม้ประเทศส่วนใหญ่จะเห็นด้วยกับหลักการควบคุมการเข้าถึง และการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ประเทศอุตสาหกรรมบางประเทศ ซึ่งแม้จะเห็นด้วยกับหลักการในการแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ก็ยังวิตกและแสดงเหตุผลโต้แย้งในหลายประเด็น และเป็นสาเหตุให้เมื่อสิ้นสุดการประชุมภาคีสมาชิก CBD (COP 8) ที่ประเทศบราซิล ประเทศสมาชิกก็ยังไม่อาจหาข้อยุติในประเด็นการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ได้

ประเด็นที่มีการหยิบยกขึ้นโต้แย้งในการประชุม COP8 โดยสรุปมีดังนี้

1. CBD ได้รับรองสถานะของธนาคารพันธุกรรมซึ่งเก็บรักษาทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้มาก่อน CBD มีผลบังคับ ทำให้ธนาคารพันธุกรรมเหล่านี้มีสถานะเท่าเทียมกับประเทศผู้มอบทรัพยากรพันธุกรรม และกรณีมีผู้นำทรัพยากรพันธุกรรมจากธนาคารพันธุกรรมดังกล่าวไปใช้ก็ไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์แก่ประเทศที่มอบพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรม ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นผู้มอบทรัพยากรพันธุกรรมให้แก่ธนาคารพันธุกรรมไม่ได้รับประโยชน์แต่ประการใด

2. การกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นเงื่อนไขของการขอสิทธิบัตร จะเกิดผลเสียต่อระบบสิทธิบัตร และเสนอว่าการแบ่งปันผลประโยชน์ควรจะดำเนินการภายใต้รูปแบบของสัญญา (Contract-based approach) ตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ⁷⁹ ไม่ควรอยู่ในระบบสิทธิบัตร⁸⁰ หรือแก้ไขหลักเกณฑ์ของ TRIPS

3. เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมิได้เป็นเครื่องรับประกันว่าจะมีการแบ่งปันผลประโยชน์ เงื่อนไขนี้เพียงแต่ช่วยให้มีการเปิดเผยข้อมูลเท่านั้น และโดยแท้แล้วเงื่อนไขนี้มิได้ทำให้เกิดการแบ่งปันผลประโยชน์โดยตรง แต่การแบ่งปันผลประโยชน์จะเกิดขึ้นจริงต่อเมื่อประเทศนั้นๆ มีความพร้อมด้านกลไก (Mechanism) ในการแบ่งปันผลประโยชน์⁸¹

4. การกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นเงื่อนไขการขอสิทธิบัตรจะกระทบต่อการพิจารณาให้ (Grant) สิทธิบัตร และกระทบต่อคุณค่าหรือประโยชน์ของนวัตกรรม กล่าวคือ

กรณีนวัตกรรมนั้นได้รับสิทธิบัตร และต่อมาถูกเพิกถอนเพราะไม่ได้เปิดเผยแหล่งที่มา หรือกรณีการประดิษฐ์นั้นได้รับการพิมพ์เผยแพร่แล้ว แต่ยังไม่ได้รับสิทธิบัตร และคำขอถูกยกเลิกในเวลาต่อมา เนื่องจากไม่ได้เปิดเผยแหล่งที่มา จะเห็นว่าในกรณีนี้บุคคลภายนอกจะรู้รายละเอียดการประดิษฐ์และนำไปใช้ประโยชน์ได้โดยบุคคลดังกล่าวไม่ต้องชำระผลประโยชน์ตอบแทนแต่อย่างใด หรือกรณีที่นวัตกรรมยังไม่ได้สิทธิบัตร และยังไม่มีการพิมพ์เผยแพร่รายละเอียดการประดิษฐ์ นวัตกรรมจะมีสิทธิใช้นวัตกรรมนั้นโดยไม่ต้องแบ่งปันผลประโยชน์แต่อย่างใด นอกจากนี้กรณีที่มีการเปิดเผยแหล่งที่มา และมีการแบ่งปันผลประโยชน์แล้ว แต่ในภายหลังปรากฏว่าการเปิดเผยไม่ถูกต้อง และทำให้สิทธิบัตรถูกเพิก

⁷⁹ ประเทศอินเดียไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอของสหรัฐอเมริกา โดยกล่าวว่าผู้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมมักจะเป็นบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ ดังนั้นการใช้กฎหมายสัญญาตามกฎหมายภายในเพื่อบังคับกับบริษัทเหล่านี้อาจไม่มีประสิทธิภาพ ดังนั้นเงื่อนไขดังกล่าวจึงควรเป็นเงื่อนไขในระดับระหว่างประเทศ โปรดดู Bridges Trade BioRes. Vol.5 No.19 (October 28, 2005).

⁸⁰ WTO. "Article 27.3(b), Relationship between the TRIPS Agreement and the CBD, and the Protection of Traditional Knowledge and Folklore." Communication from the United States. 26 November 2004. IP/C/W/434 Para. 6.

⁸¹ IP/C/W/434. *ibid.* Para. 9.

ถอนจะมีผลกระทบต่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่ได้ดำเนินการแล้ว⁸² ในกรณีที่นวัตกรรมใช้ประโยชน์จากสิ่งประดิษฐ์นั้นนอกกรอบสิทธิบัตร กล่าวคือ ไม่ได้ยื่นขอสิทธิบัตร เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาที่ไม่อาจใช้บังคับในกรณีนี้ได้⁸³

5. การแบ่งปันผลประโยชน์โดยใช้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหลักการใหม่ที่ต้องใช้เวลาในการพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นตามมาอีกระยะหนึ่ง การรีบร้อนกำหนดให้เป็นเงื่อนไขที่มีผลผูกมัดทางกฎหมายอาจทำให้เงื่อนไขดังกล่าวขาดประสิทธิภาพ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นกับกรณีของสนธิสัญญาว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาเกี่ยวกับแผนภูมิวงจรรวม (Treaty on Intellectual Property in Respect of Integrated Circuit)⁸⁴

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าประเทศอุตสาหกรรมบางประเทศ ยังมีความกังวลต่อผลกระทบจากมาตรการควบคุมการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีต่อสิทธิทรัพย์สินทางปัญญา และข้อถกเถียงในประเด็นนี้ น่าจะยังต้องใช้เวลาอีกพอสมควรเพื่อหาความสมดุลในระหว่างการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมและสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทำให้การจัดทำระบบสากลเพื่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ (International ABS Regime) ต้องล่าช้าออกไป อย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่าประสบการณ์ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศที่มีความหลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมสูงจะเป็นประโยชน์อย่างสูงต่อการจัดทำระบบสากล

⁸² IP/C/W/434. *ibid.* Para. 10.

⁸³ IP/C/W/434. *ibid.* Para. 11.

⁸⁴ Keating, Dominic. "Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing Through a New Disclosure Requirement in the Patent System: An Issue in Search of a Forum." 87 Journal of the Patent and Trademark Office Society. 525 (July, 2005), p.546.

บทที่ 3

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอสิทธิบัตร

เพื่อป้องกันมิให้มีการลักลอบนำทรัพยากรพันธุกรรมไปใช้โดยหลีกเลี่ยงไม่ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ ประเทศกำลังพัฒนาได้เสนอให้การขอรับสิทธิบัตร ผู้ขอต้องแสดงหลักฐานเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมที่นำมาใช้ในนวัตกรรมของตน รวมทั้งต้องเปิดเผยหลักฐานการได้รับความยินยอมจากผู้เกี่ยวข้องในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และหลักฐานข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมมีวัตถุประสงค์เพื่อให้รู้ว่า ทรัพยากรพันธุกรรมหรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นมีที่มาอยู่ที่ใด เพื่อจะได้ตรวจสอบได้ว่าได้มีการขออนุญาตในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม หรือได้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กับเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมนั้นแล้วหรือไม่ การกำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอรับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญายังช่วยป้องกันปัญหาที่เรียกว่า “โจรสลัดชีวภาพ” (Defensive protection)

อย่างไรก็ตามมีปัญหาที่ต้องวิเคราะห์ต่อไปว่า ควรกำหนดให้การเปิดเผยหลักฐานการได้รับความยินยอม และเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหน้าที่ของผู้ยื่นคุ้มครองต้องระบุในคำขอ หรือจะกำหนดให้เป็นเพียงแนวปฏิบัติเท่านั้น ปัญหานี้ยังเป็นประเด็นที่ถกเถียงอยู่ในปัจจุบัน และมีความเห็นแยกเป็นสองฝ่าย

1. จุดยืนของฝ่ายต่าง ๆ ต่อการเปิดเผยแหล่งที่มาในคำขอรับสิทธิบัตร

(1) ฝ่ายสนับสนุน

ประเทศอินเดีย บราซิล เปรู และประเทศกำลังพัฒนาอีกหลายประเทศเสนอว่า ควรกำหนดเป็นหน้าที่ชัดเจนที่ผู้ขอทรัพย์สินทางปัญญาต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และแบ่งปันผลประโยชน์ (Mandatory patent disclosure obligation) หากมีการฝ่าฝืนประเทศผู้ให้ความคุ้มครองมีสิทธิเพิกถอนการคุ้มครองนั้นได้ หน้าที่ดังกล่าวสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมตาม CBD และทำให้มาตรการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ซึ่งเป็นหลักการสำคัญของ CBD เป็นจริงในทางปฏิบัติ ในการประชุมองค์การการค้าโลกที่เมืองฮ่องกง ประเทศจีน ระหว่างวันที่ 13-18 ธันวาคม พ.ศ.2548 ประเทศอินเดียได้เสนอให้องค์การการค้าโลกเร่งรัดพิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่าง TRIPS และ CBD อย่างจริงจัง ซึ่งประเด็นดังกล่าวจะครอบคลุมกรณีการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และขอให้เร่งประเทศสมาชิกดำเนินการเกี่ยวกับภูมิปัญญาท้องถิ่น (Traditional Knowledge) และทรัพยากรพันธุกรรม (Genetic Material)⁸⁵

⁸⁵ GRAIN. “Biotech Firm Form Alliance to Fight Off Possible TRIPs Amendment.” www.grain.org/bio-ipr (visited January 9, 2006) และโปรโตคอล WTO Ministerial Declaration (WT/MIN(05)/W/3/Rev.2).

การให้เปิดเผยแหล่งที่มา และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศกำลังพัฒนา กล่าวคือ

1. ทำให้ภาคธุรกิจเอกชน นักวิจัย ชุมชนท้องถิ่น ตลอดจนภาครัฐกำหนดนโยบายในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมได้ชัดเจนยิ่งขึ้น จากความแน่นอนของกระบวนการเข้าถึง และการได้รับผลประโยชน์ ซึ่งจะทำให้การวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศกำลังพัฒนามีเพิ่มมากขึ้น⁸⁶
2. จะช่วยเสริมกระบวนการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงในการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ หรือการถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น⁸⁷
3. ปัจจุบันมีหลายประเทศที่เพิ่มเติมกฎหมายภายในของตนให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มา เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม CBD การแก้ไข TRIPS เพื่อให้สอดคล้องกับ CBD จะทำให้กฎหมายภายในของประเทศดังกล่าวมีความมั่นคงมากขึ้น⁸⁸
4. การเพิ่มเงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มา ใน TRIPS ซึ่งมีมาตรการบังคับโดยผ่านทางกลไกระงับข้อพิพาท (Dispute settlement) จะช่วยให้มีการปฏิบัติตามมาตรการขอความยินยอมล่วงหน้า (Prior informed consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD⁸⁹

ประเทศกำลังพัฒนายังโต้แย้งข้อเสนอของประเทศอุตสาหกรรมที่ให้เงื่อนไขการเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นไปตามข้อตกลงระหว่างผู้ขอเข้าถึง และผู้อนุญาตให้เข้าถึง โดยให้ความเห็นว่า การให้เป็นไปตามข้อตกลงของคู่สัญญา จะไม่อาจบังคับได้กับกรณีการแอบลักลอบเข้าถึงโดยไม่ผ่านกระบวนการตามกฎหมายภายใน อีกทั้งเมื่อทรัพยากรพันธุกรรมนั้นหลุดรอดออกไปยังต่างประเทศ ประเทศที่เป็นแหล่งทรัพยากรพันธุกรรมจะไม่สามารถดำเนินการใดๆ ตามกฎหมายภายในได้เลย ประเทศกำลังพัฒนายังให้ความเห็นอีกว่า หากถือว่ากรณีทรัพยากรพันธุกรรมใช้ข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาก็เป็นการเพียงพอแล้ว กรณีทรัพย์สินทางปัญญาก็น่าจะใช้หลักการเดียวกันนี้ได้ แต่ประเทศอุตสาหกรรมกลับผลักดันให้คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในระดับ ระหว่างประเทศ⁹⁰

ปัจจุบันหลักการเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมปรากฏในกฎหมายภายในของบางประเทศ รวมทั้งข้อตกลงระดับภูมิภาค เช่น

กฎหมายสิทธิบัตร ค.ศ. 1970 ซึ่งแก้ไขในปี ค.ศ. 2002 ของประเทศอินเดีย มาตรา 10 กำหนดให้ผู้ขอสิทธิบัตรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพ และในมาตรา 25 ยังอนุญาตให้มีการคัดค้านสิทธิบัตรได้ในกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์นั้นมิได้เปิดเผยที่มา หรือแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของวัสดุทางชีวภาพที่ใช้ในการประดิษฐ์

⁸⁶ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/228).

⁸⁷ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/195).

⁸⁸ ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, para 165, IP/C/W/198, IP/C/W/195).

⁸⁹ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/W/228), ความเห็นของประเทศอินเดีย (IP/C/W/29, para 160), ความเห็นของประเทศมอริเชียสในฐานะตัวแทนกลุ่มประเทศอัฟริกัน (IP/C/W/206), ความเห็นของประเทศนอร์เวย์ (IP/C/W/35 para. 237, IP/C/W/283).

⁹⁰ ความเห็นของประเทศบราซิล (IP/C/M/32, para. 128).

กฎหมายความหลากหลายทางชีวภาพของประเทศออสเตรเลีย (Biodiversity Law 7788) มาตรา 80 กำหนดว่าก่อนการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในนวัตกรรมที่เกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ เจ้าพนักงานจะต้องหารือกับ Technical Office of the Commission ที่รับผิดชอบการบริหารจัดการความหลากหลายทางชีวภาพก่อน และจะต้องแสดง หนังสือรับรองแหล่งกำเนิดที่ออกให้โดย Technical Office of the Commission รวมทั้งต้องแสดงหนังสือการได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) และ Technical Office of the Commission อาจสั่งห้ามรับจดทะเบียนสิทธิบัตรก็ได้

มติที่ 486 ของ Andean Communities มาตรา 26 กำหนดว่าคำขอสิทธิบัตรที่ยื่นต่อเจ้าพนักงานต้องระบุ (h) สำเนาข้อตกลงการเข้าถึง หากสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรนั้นได้มา หรือพัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรม (i) เอกสารรับรองการได้รับอนุญาตให้ใช้ภูมิปัญญาท้องถิ่นในกรณี สิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรได้มา หรือพัฒนาจากภูมิปัญญาท้องถิ่นของประเทศสมาชิก

(2) ฝ่ายคัดค้าน

ประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่เห็นด้วยกับการกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มาเป็นหน้าที่ หรือเป็นเงื่อนไขในการขอรับทรัพย์สินทางปัญญา โดยเห็นว่าจะเป็นการเพิ่มเงื่อนไขการขอรับทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งได้กำหนดชัดเจนแล้วใน TRIPS เท่ากับขัดกับ TRIPS

องค์กรอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ (Biotechnology Industry Organization) ได้ส่งจดหมายถึงผู้แทนการค้าสหรัฐ (The Honorable Robert Portman) ลงวันที่ 6 ธันวาคม ค.ศ. 2005 คัดค้านข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนาที่ให้การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตร โดยให้เหตุผล 8 ประการ ดังนี้⁹¹

1. ข้อเสนอไม่มีความชอบธรรมตาม CBD เนื่องจากข้อเสนอจะครอบคลุมพันธุกรรมทุกชนิด ทั้งที่ CBD ไม่ใช่บังคับกับพันธุกรรมจากมนุษย์ หรือพันธุกรรมที่ได้มาก่อน CBD มีผลบังคับ ข้อเสนอยังไม่คำนึงว่าได้รับทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งกำเนิดหรือไม่
2. ข้อเสนอไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นจริงของทรัพยากรพันธุกรรม ที่อาจพบได้ในหลายแหล่ง หรือในหลายประเทศ และในความเป็นจริงการวิจัยทางเทคโนโลยีชีวภาพใช้พันธุกรรมที่อยู่ในความครอบครองของเอกชน ซึ่งส่วนใหญ่เก็บรวบรวมไว้ก่อน CBD มีผลบังคับ
3. การเปิดเผยแหล่งที่มาไม่ได้เป็นเครื่องมือที่ช่วยประเทศกำลังพัฒนาในการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด เนื่องจากการเปิดเผยแหล่งที่มาตามข้อเสนอจะเกิดขึ้นต่อเมื่อมีการยื่นขอสิทธิบัตร ซึ่งในทางปฏิบัติจะใช้เวลาอันยาวนานภายหลังการสำรวจ การตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพจึงควรใช้มาตรการอื่นที่มุ่งการสำรวจโดยตรง การเปิดเผยแหล่งที่มาจึงไม่เหมาะที่จะเป็นเครื่องมือที่ใช้เพื่อการตรวจตราการสำรวจทางชีวภาพแต่อย่างใด
4. การเปิดเผยแหล่งที่มาจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายการส่งเสริมการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะนำมาซึ่งการแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD เนื่องสิทธิบัตรอาจถูกคัดค้านได้ง่ายจากการ

⁹¹ www.bio.org/ip/letters/20051206.pdf (visited February 20, 2006).

เปิดเผยแหล่งที่มาที่ผิดพลาด ทำให้ความสนใจสำรวจเพื่อใช้ทรัพยากรพันธุกรรมน้อยลง และกระทบต่อการแบ่งปันผลประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นน้อยลงเช่นเดียวกัน

5. ข้ออ้างว่าเพื่อป้องกันปัญหาโจรสลัดชีวภาพไม่มีหลักฐานเพียงพอ เนื่องจากในหลายกรณีผู้ยื่นขอสิทธิบัตรมักเป็นคนสัญชาติของประเทศที่เป็นแหล่งพันธุกรรมเอง หรือเป็นผู้ให้ข้อมูลต่างๆ ที่นำมาใช้ในการประดิษฐ์ ดังนั้นจึงควรใช้กฎหมายภายในเพื่อแก้ไขปัญหานี้จะเหมาะสมกว่า

6. องค์การการค้าโลก (WTO) และ TRIPS ไม่ใช่เวทีที่เหมาะสมต่อการแก้ปัญหาโจรสลัดชีวภาพ แต่การพิจารณาปัญหานี้ควรดำเนินการภายใต้องค์การทรัพย์สินทางปัญญาโลก (WIPO) และ CBD

7. ข้อเสนอจะเป็นผลเสียต่อผู้ที่เชื่อมั่นว่าระบบสิทธิบัตรจะปกป้องนวัตกรรม รวมทั้งผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรม และในท้ายที่สุดจะสร้างความสับสนต่อเป้าหมายที่แท้จริง เพราะอาจทำให้นักวิทยาศาสตร์หันไปวิจัยในด้านอื่นที่ไม่ต้องใช้ทรัพยากรพันธุกรรมเป็นวัตถุดิบ ความร่วมมือเพื่อผลประโยชน์ร่วมกันระหว่างผู้ให้ และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมย่อมได้รับความกระทบกระเทือน ความไม่แน่นอนของสิทธิบัตรจะผลักดันให้นักลงทุนเล็งไปลงทุนในด้านอื่นที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า

8. มาตรการอื่นๆ เช่น มาตรการทางสัญญาจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมมากกว่า เพราะเป็นข้อตกลงที่เป็นไปตามเจตนาของผู้ให้ และผู้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ซึ่งจะทำให้เกิดข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

บริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพในประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้ง American BioIndustry Alliance เพื่อโน้มน้าวไม่ให้มีการเพิ่มเติมเงื่อนไขดังกล่าวใน TRIPS และให้เหตุผลชักจูงว่าการกระทำดังกล่าวอาจกระทบต่อบริษัทด้านเทคโนโลยีในประเทศอื่นเดี๋ยวนั้น และจะเกิดความไม่แน่นอนทางธุรกิจ ทำให้ภาคธุรกิจต้องเกิดความไม่ชัดเจนก่อนว่า ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นนำมาใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ได้จริง ซึ่งจะกระทบต่อประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาที่จะต้องรอสวนแบ่งผลประโยชน์เมื่อผลิตภัณฑ์วางตลาดได้จริง และการเปิดเผยแหล่งที่มาในบางกรณีก็ทำได้ยาก เช่น พันธุกรรมที่ได้มาจากธนาคารพันธุกรรม เป็นต้น อีกทั้งพันธุกรรมเดียวกันอาจมีที่มาจากหลายแหล่งซึ่งจะทำให้เกิดข้อพิพาทระหว่างประเทศ แหล่งพันธุกรรมนั้นได้ และ WTO ไม่มีผู้เชี่ยวชาญที่จะพิจารณาในประเด็นนี้ และเสนอให้นำประเด็นนี้ไปพิจารณาภายใต้กรอบของอนุสัญญา CBD⁹²

ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าแม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีบทบาทไม่ได้เป็นภาคี CBD และ CBD ไม่มีกลไกระงับข้อพิพาทเหมือน TRIPS การบังคับใช้มาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาภายใต้กรอบของ CBD จึงอาจไม่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับการบังคับตามสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาภายใต้กรอบของ TRIPS

(3) จุดยืนและข้อเสนอของประเทศไทย

ในการประชุม WTO ที่เมืองฮ่องกง เมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 2005 ที่ประชุมมีมติเรียกร้องให้ผู้อำนวยความสะดวกการค้าโลกเร่งหาหรือประเด็นการเปิดเผยแหล่งที่มาาร่วมกับประเทศสมาชิก และรายงานให้ที่ประชุม (Council) ก่อนวันที่ 31 กรกฎาคม ค.ศ. 2006

⁹² GRAIN. *supra* note 85.

ประเทศสมาชิกหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยได้เสนอร่างเพื่อการหารือ โดยประเทศไทย บราซิล อินเดีย ปากีสถาน เปรู และแทนซาเนียได้เสนอให้เพิ่มเติมมาตรา 29bis ของ TRIPS เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการของแบ่งปันผลประโยชน์ของ CBD⁹³ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

ร่างแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 29bis ของ TRIPS ใช้หัวข้อว่า “การเปิดเผยแหล่งกำเนิดของทรัพยากรชีวภาพ และหรือภูมิปัญญาท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง (Disclosure of Origin of Biological Resources and/or Associated Traditional Knowledge)

ร่างแก้ไขได้อ้างวัตถุประสงค์ในการแก้ไขว่า เพื่อให้มาตรการใน TRIPS และ CBD มีความสอดคล้องและเกื้อหนุนซึ่งกันและกัน (mutually supportive)⁹⁴ โดยกำหนดว่าในคำขอสิทธิบัตรการประดิษฐ์ที่ได้มา (derived from) หรือพัฒนาจาก (developed with) ทรัพยากรชีวภาพ และหรือที่เกี่ยวข้องกับภูมิปัญญาท้องถิ่น จะต้องเปิดเผยชื่อประเทศ รวมทั้งชื่อผู้จัดหา ทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่น และในกรณีที่ทราบแหล่งกำเนิด (country of origin) ของทรัพยากรชีวภาพ หรือภูมิปัญญาท้องถิ่นก็ต้องระบุชื่อแหล่งกำเนิดดังกล่าวด้วย

ประเทศสมาชิกยังอาจร้องขอให้ผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตรต้องแสดงหลักฐานว่าได้ปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศผู้จัดหา (Provider) เกี่ยวกับการขอความยินยอมล่วงหน้า (Prior informed consent) และการแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นในเชิงพาณิชย์⁹⁵ และหากภายหลังปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอสิทธิบัตร หรือผู้ทรงสิทธิบัตรมีข้อมูล หรือหลักฐานเพิ่มเติม ประเทศสมาชิกอาจร้องขอให้ผู้ยื่นคำขอต้องส่งข้อมูลหรือหลักฐานดังกล่าวเพิ่มเติมได้⁹⁶ ประเทศสมาชิกจะเผยแพร่ข้อมูลหรือหลักฐานพร้อมคำขอรับสิทธิบัตร และในกรณีที่ได้รับข้อมูล หรือหลักฐานเพิ่มเติมในภายหลังก็จะเผยแพร่ข้อมูลหรือหลักฐานดังกล่าวเพิ่มเติมโดยไม่ชักช้า⁹⁷

⁹³ WT/GC/W/564/TN/C/W/41 of 31 May 2006.

⁹⁴ Draft Article 29bis (1) “For the purpose of establishing a mutually supportive relationship between this Agreement and the Convention on Biological Diversity, in implementing their obligations, Member shall have regard to the objectives and principles of Agreement and the objectives of the Convention on Biological Diversity”.

⁹⁵ Draft Article 29bis (2) “Where the subject matter of a patent application concerns, is derived from or developed with biological resources and/or associated traditional knowledge, Members shall require applicants to disclose the country providing the resources and/or associated traditional knowledge, from whom in the providing country they were obtained, and, as known after reasonable inquiry, the country of origin. Members shall also require that applicants provide information including evidence of compliance with the applicable legal requirements in the providing country for prior informed consent for access and fair and equitable benefit-sharing arising from the commercial or other utilization of such resources and/or associated traditional knowledge”.

⁹⁶ Draft Article 29bis (3) “Members shall require applicants or patentees to supplement and to correct the information including evidence provided under paragraph 2 of this Agreement in light of new information of which they become aware”.

⁹⁷ Draft Article 29bis (4) “Members shall publish the information disclosed in accordance with paragraph 2 and 3 of this Article jointly with the application or grant, whichever is made first. Where an applicant or patentee provides further information required under paragraph 3 after publication, the additional information shall also be published without undue delay”.

ประเทศสมาชิกยังต้องกำหนดมาตรการบังคับเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ยื่นขอสิทธิบัตรได้ดำเนินการเปิดเผยข้อมูลตามที่กำหนดข้างต้น โดยเฉพาะหน่วยงานบริหาร หรือศาลจะต้องมีอำนาจยับยั้งกระบวนการพิจารณาให้สิทธิบัตร หรือมีอำนาจเพิกถอนสิทธิบัตร หรือไม่บังคับตามสิทธิบัตรนั้นได้หากปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูล หรือเปิดเผยข้อมูลที่เป็นเท็จ⁹⁸

ที่ประชุมของ WTO จะได้พิจารณาข้อเสนอแก้ไข TRIPS ของประเทศไทยข้างต้นในการประชุมคราวต่อไปที่จะมีขึ้นในวันที่ 12-15 มิถุนายน ค.ศ.2009

จุดยืนของฝ่ายต่างๆ ต่อประเด็นการเปิดเผยแหล่งที่มา ในคำขอสิทธิบัตรดังได้กล่าวมาแล้วนั้น ข้อถกเถียงจะอยู่ที่สถานะของมาตรการ ซึ่งจะมีความแตกต่างของผลลัพธ์กรณีไม่ปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนด

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า รูปแบบการกำหนดสถานะของมาตรการเปิดเผยแหล่งที่มา อาจกำหนดได้ 3 รูปแบบ ดังนี้

- 1) กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร ดังเช่น ข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทย ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า ข้อเสนอดังกล่าวไม่ขัดแย้งกับหลักการของ TRIPS⁹⁹ แต่การกำหนดเช่นนี้จะถูกคัดค้านอย่างรุนแรงจากประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และยิ่งกระทบต่อความเชื่อมั่นในสถานะของสิทธิบัตร ทำให้สิทธิบัตรขาดความมั่นคง
- 2) กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา แต่ไม่ถือเป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อเสนอในลักษณะนี้จะไม่ส่งเสริมการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตาม CBD เนื่องจากง่ายต่อการที่ผู้ขอสิทธิบัตรจะเพิกเฉยต่อกระบวนการขอรับความยินยอมล่วงหน้า และการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ แม้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะกำหนดในกฎหมายภายใน แต่การใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมมักจะเป็นบริษัทข้ามชาติ ทำให้มาตรการที่กำหนดในกฎหมายภายในไม่มีสภาพบังคับอย่างแท้จริง ข้อเสนอในลักษณะนี้จะได้รับการคัดค้านอย่างรุนแรงจากกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา
- 3) กำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นสิ่งที่ต้องดำเนินการในการขอสิทธิบัตร แต่จะมีผลในระดับที่แตกต่างกันดังนี้

⁹⁸ Draft Article 29bis (5) "Members shall put in place effective enforcement procedures so as to ensure compliance with the obligations set out in paragraph 2 and 3 of this Article. In particular, Members shall ensure that administrative and/or judicial authorities have the authority to prevent the further processing of an application or the grant of a patent and to revoke, subject to the provisions of Article 32 of this Agreement, or to render unenforceable a patent when the applicant has, knowingly or with reasonable grounds to know, failed to comply with the obligations in paragraph 2 and 3 of this Article or provided false or fraudulent information".

⁹⁹ โปรดดูต่อไปในหัวข้อ "ปัญหาการเปิดเผยแหล่งที่มา กับหลักการของ TRIPS".

(ก) ในชั้นยื่นขอสิทธิบัตร ให้การเปิดเผยแหล่งที่มา เป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร กรณีใช้ทรัพยากรพันธุกรรมที่มีอยู่ในธนาคารพันธุกรรมอยู่แล้ว ให้ระบุชื่อของธนาคารพันธุกรรม และ ข้อตกลงกับธนาคารพันธุกรรมดังกล่าว

(ข) เมื่อได้รับสิทธิบัตรไปแล้ว หากต่อมาพบว่าการเปิดเผยแหล่งที่มา ดังกล่าวไม่ถูกต้อง หากเป็นการกระทำโดยเจตนาเพื่อปกปิดข้อมูล ให้มีผลเป็นการเพิกถอนสิทธิบัตร แต่กรณีให้ ข้อมูลผิดพลาดโดยสุจริต ให้สิทธิบัตรยังคงมีผลต่อไป แต่ผู้ให้ข้อมูลผิดพลาดต้องชดเชยความเสียหายที่ เกิดขึ้น เช่น ชดเชยผลประโยชน์ให้แก่ชุมชนที่เป็นแหล่งที่มา ที่ไม่ได้เปิดเผยไว้ เป็นต้น

วิธีการเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นแนวทางที่ประนีประนอมและน่าจะมีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ มากกว่า

2. ปัญหาการเปิดเผยแหล่งที่มาเกี่ยวกับหลักการของ TRIPS

(1) ปัญหาการเพิ่มเติมเงื่อนไขให้ต่างไปจากที่กำหนดใน TRIPS

ประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่เห็นว่า การกำหนดให้การเปิดเผยแหล่งที่มา (Disclosure of Origin) และความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent) เป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร เป็นการเพิ่มเติมเงื่อนไขนอกเหนือไปจากที่กำหนดใน TRIPS ที่กำหนดเงื่อนไขของการได้รับสิทธิบัตรไว้ เพียงว่า ต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่ (Novelty) มีขั้นตอนการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (Inventive step) และสามารถ ประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial application)

การกำหนดเงื่อนไขให้เปิดเผยแหล่งที่มาเฉพาะกับการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีถือเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discriminatory nature) ซึ่งต้องห้ามตาม TRIPS มาตรา 27.1 พันธกรณีตาม CBD ก็ไม่ ถือว่าเป็นข้อยกเว้นของมาตรา 27.1 และนอกจากนี้ประเทศภาคี TRIPS บางส่วนไม่ได้เป็นภาคี CBD จึงไม่ควรนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้กับประเทศภาคี TRIPS ดังนั้นการกำหนดให้การเปิดเผยดังกล่าว เป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรจึงเป็นสิ่งที่ขัดกับหลักการของ TRIPS (TRIPS-inconsistent)¹⁰⁰

อย่างไรก็ดีผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้การเปิดเผยดังกล่าวเป็นเงื่อนไขในการขอรับสิทธิบัตร ไม่ ขัดกับหลักเกณฑ์ของ TRIPS ดังเหตุผลต่อไปนี้

ในการยื่นขอสิทธิบัตรนั้น ผู้ยื่นคำขอต้องแสดงข้อเท็จจริงในคำขอเพื่อประกอบการพิจารณาของ เจ้าหน้าที่ ข้อเท็จจริงที่ต้องแสดงนั้นแบ่งออกได้เป็น 2 กลุ่ม คือ

¹⁰⁰ ดูความเห็นของประเทศสหรัฐอเมริกาใน WIPO Doc. WIPO/GRTKF/IC/3/17 of June 21, 2002; และดูรายละเอียดข้อ ได้แย้งการกำหนดให้การเปิดเผยเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรใน Carvalho, Numo Pires De. "From the Shaman's Hut to the Patent Office: In Search of a TRIPS-Consistent Requirement to Disclosure the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent." 17 *Washington University Journal of Law and Policy*. 111 (2005) ซึ่งเห็นว่าการกำหนดให้การเปิดเผยเป็นเงื่อนไขในการขอสิทธิบัตรไม่สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศโดยเฉพาะกับ TRIPS.

1. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตร

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีที่ขอรับสิทธิบัตรเป็นข้อเท็จจริงที่แสดงว่า สิ่งประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีนั้นขอรับสิทธิบัตรได้ (Patentability Requirement) ข้อเท็จจริงเหล่านี้ ประกอบด้วยข้อเท็จจริงต่างๆ ที่แสดงถึงความใหม่ (Novelty) ขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) และความสามารถในการประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรม (Industrial Application) โดยส่วนใหญ่ของ ข้อเท็จจริงในกลุ่มนี้จะอยู่ในเอกสารส่วนที่เปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์

ข้อเท็จจริงในส่วนนี้จะมีผลโดยตรงต่อการพิจารณาให้สิทธิบัตร เป็นเงื่อนไขของการพิจารณาว่า จะให้สิทธิบัตรหรือไม่ จึงเป็นข้อเท็จจริงส่วนที่เป็นเนื้อหาของการประดิษฐ์

2. ข้อเท็จจริงทั่วไป

ข้อเท็จจริงในส่วนนี้เป็นข้อเท็จจริงอื่นที่ประกอบการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ เป็นข้อเท็จจริงที่ต้อง แสดงตามรูปแบบพิธีของการพิจารณาคำขอ (Formalities Requirement) เช่น ข้อเท็จจริงว่ายื่นคำขอใน ฐานะเป็นนวัตกรรม หรือมีได้เป็นแต่มีสิทธิเหนือการประดิษฐ์นั้น เช่น เป็นนายจ้าง หรือเป็นสิทธิตามสัญญา หรือเป็นผู้มีสิทธิรับมรดกของนวัตกรรม ต้องแสดงหลักฐานเกี่ยวกับสัญชาติตลอดจนภูมิลำเนาของผู้ยื่นขอ ต้องแสดงหลักฐานกรณีได้เปิดเผยการประดิษฐ์นั้นมาก่อนแล้วในงานแสดงสินค้า หรือการยื่นขอสิทธิบัตร มาแล้วในประเทศอื่น หรือผู้ยื่นคำขอยังต้องแสดงหลักฐานการชำระค่าธรรมเนียม เป็นต้น

ในกฎหมายสิทธิบัตรของบางประเทศการใช้วัตถุติดของผู้อื่นมาใช้ในการประดิษฐ์จะมีผลกระทบ ต่อสิทธิเหนือสิ่งประดิษฐ์นั้น¹⁰¹ ดังนั้นกฎหมายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศจึงอาจกำหนดให้ต้องแสดง หลักฐานว่าได้ใช้วัตถุติดจากที่ใดก็ได้

ข้อเท็จจริงเหล่านี้ไม่กระทบต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์ หรือกรรมวิธีตามคำขอเป็นไปตาม เงื่อนไขการให้สิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) แต่ก็เป็นข้อเท็จจริงที่ผู้ยื่นคำขอต้องปฏิบัติ ตามแบบพิธี (Formalities Requirement) ที่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศกำหนดซึ่งอาจแตกต่างกัน ในแต่ละประเทศได้

ในกรณีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องพิจารณาเป็น 2 กรณีดังนี้

¹⁰¹ กฎหมายภายในบางประเทศ กรณีลูกจ้างประดิษฐ์สิ่งประดิษฐ์ขึ้นโดยใช้วัตถุติด หรือข้อมูลของนายจ้าง ๆ จะมีสิทธิเหนือ สิ่งประดิษฐ์นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา นายจ้างมีสิทธิใช้สิ่งประดิษฐ์นั้นโดยไม่ต้องจ่ายค่าตอบแทน (Royalty-free-rights) โปรดดู Baker, Mark B. "Restructuring the judicial Evaluation of Employed Inventors' Rights." 35 Saint Louis University Law Journal. 399 (Winter, 1991), pp.404-405.

ในประเทศบราซิล นายจ้างจะเป็นเจ้าของเหนือสิ่งประดิษฐ์นั้นครั้งหนึ่งร่วมกับลูกจ้าง (Co-owner) โปรดดู Brazilian Law No.9279 of May 14, 1996, Art.91.

ในประเทศไทย ลูกจ้างที่ประดิษฐ์สิ่งใดสิ่งหนึ่งโดยใช้วิธีการ สติ หรือรายงานซึ่งลูกจ้างสามารถใช้ หรือล่วงรู้ได้เพราะการเป็น ลูกจ้างตามสัญญานั้น แม้สัญญาจ้างจะไม่เกี่ยวข้องกับการประดิษฐ์ก็ตาม นายจ้างจะเป็นเจ้าของการประดิษฐ์นั้น โปรดดู พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 มาตรา 11.

1. หากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องเป็นประเด็นสำคัญต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขสิทธิบัตรหรือไม่ เช่น การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมทำให้ผู้ตรวจสอบคำขอรู้ได้ว่าสิ่งประดิษฐ์ที่ยื่นขอมีความใหม่หรือไม่ หรือกรณีนำทรัพยากรพันธุกรรมมาพัฒนาหรือปรับปรุง ผู้ตรวจสอบคำขอก็สามารถตรวจสอบเปรียบเทียบกับทรัพยากรพันธุกรรมเดิมได้ว่ามีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นหรือไม่

ในกรณีสิทธิบัตรในกรรมวิธีก็เช่นเดียวกัน การเปิดเผยแหล่งที่มาของภูมิปัญญาจะทำให้ผู้ตรวจสอบชี้ชัดได้ว่าเป็นกรรมวิธีใหม่ หรือเป็นกรรมวิธีที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้นจริงหรือไม่

กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า แหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาจำเป็นต่อการพิจารณาว่าการประดิษฐ์หรือกรรมวิธีเป็นไปตามเงื่อนไขสิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) จึงเป็นข้อเท็จจริงที่กฎหมายภายในของประเทศสมาชิก TRIPS สามารถกำหนดเป็นเงื่อนไขในการออกสิทธิบัตรได้ และไม่ขัดกับ TRIPS แต่กลับสอดคล้องกับหลักการการออกสิทธิบัตรโดยตรง

2. กรณีแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาไม่เกี่ยวข้องกับประเด็นเงื่อนไขการออกสิทธิบัตร (Patentability Requirement) ก็อาจเป็นการกำหนดให้แสดงข้อเท็จจริงตามแบบพิธี (Formalities Requirement) เพื่อประกอบการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอ เช่น เพื่อพิจารณาว่าผู้ยื่นขอได้ใช้วัตถุติดจากผู้ใด หรือแหล่งใดในการประดิษฐ์ เพื่อพิจารณาว่ามีผู้อื่นที่มีสิทธิในสิ่งประดิษฐ์นั้นร่วมด้วยหรือไม่ หรือพิจารณาว่าผู้ยื่นคำขอได้ตอบแทนแต่เจ้าของวัตถุดิบแล้วหรือไม่ เป็นต้น

ข้อเท็จจริงในส่วนนี้ไม่กระทบต่อการพิจารณาว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นเป็นไปตามเงื่อนไขการออกสิทธิบัตรหรือไม่ (Patentability Requirement) แต่จะมีผลต่อการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอในกรณีผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตามแบบพิธี (Formalities Requirement) และทำให้ผู้ตรวจคำขอปฏิเสธไม่ให้สิทธิบัตรได้เช่นกัน

TRIPS ยอมให้ประเทศสมาชิกมีอิสระในการกำหนดวิธีการที่เหมาะสมในการปฏิบัติตามข้อตกลงตามกฎหมายภายใน¹⁰² และมีสิทธิกำหนดกระบวนการ หรือระเบียบวิธีที่มีเหตุผลเป็นเงื่อนไขการได้มาซึ่งสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้¹⁰³

ผู้วิจัยจึงเห็นว่าภาคีแต่ละประเทศมีสิทธิจะกำหนดรูปแบบพิธีการของการพิจารณาคำขอสิทธิบัตรที่แตกต่างกันได้ ดังนั้นการกำหนดว่าผู้ยื่นคำขอต้องแสดงข้อเท็จจริงใดบ้างเพื่อประกอบการพิจารณาของผู้ตรวจคำขอสิทธิบัตรย่อมไม่ขัดต่อ TRIPS แต่กลับยิ่งจะสอดคล้องกับ TRIPS ที่ให้ประเทศสมาชิกมีสิทธิกำหนดเงื่อนไขการได้มาซึ่งทรัพย์สินทางปัญญาได้

(2) ปัญหาการห้ามเลือกปฏิบัติในสาขาเทคโนโลยี

ข้อโต้แย้งประการหนึ่งต่อข้อเสนอของประเทศกำลังพัฒนา คือ การกำหนดให้การประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุกรรมพืชในสาขาเทคโนโลยีต้องแสดงแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญา

¹⁰² TRIPS มาตรา 1.1.

¹⁰³ TRIPS มาตรา 62.1.

ท้องถิ่นเป็นการภาระแก่นวัตกรรมในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพให้ต่างไปจากหน้าที่ของนวัตกรรมในเทคโนโลยีสาขาอื่น จึงเป็นการเลือกปฏิบัติในสาขาเทคโนโลยี ขัดกับ TRIPS มาตรา 27.1

ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขต่อการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีใด ควรต้องพิจารณาเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของการประดิษฐ์ในสาขานั้น การประดิษฐ์ที่มีเนื้อหาหรือธรรมชาติที่ต่างกันย่อมไม่อาจใช้เงื่อนไขเดียวกันได้ การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพ เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต จึงไม่เหมือนกับการประดิษฐ์ในสาขาอื่น เช่น การประดิษฐ์เครื่องจักร เป็นต้น การกำหนดเงื่อนไขอย่างเดียวกันกับการประดิษฐ์ที่ต่างกันกลับยิ่งเป็นการเลือกปฏิบัติ ผู้วิจัยเห็นว่า เงื่อนไขที่ต่างกันเป็นสิ่งที่จำเป็นสำหรับการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีที่ต่างกัน¹⁰⁴

สิทธิทรัพย์สินทางปัญญาใน TRIPS แบ่งออกเป็นหลายประเภท¹⁰⁵ และแต่ละประเภทก็มีเงื่อนไข และหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน ซึ่งเป็นเพราะเนื้อหา และธรรมชาติ (Nature) ของสิทธิในแต่ละประเภท แตกต่างกัน TRIPS ยอมรับในความแตกต่างเช่นนี้ จึงเปิดกว้างให้ประเทศภาคีกำหนดเงื่อนไข หรือ กระบวนการการได้มาซึ่งสิทธิตามแนวปฏิบัติตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศได้ เช่น กรณีการเปิดเผยเกี่ยวกับการประดิษฐ์ TRIPS กำหนดเพียงให้ต้องเปิดเผยในลักษณะที่ชัดเจนและสมบูรณ์เพียงพอที่จะทำให้บุคคลที่มีความเชี่ยวชาญสามารถดำเนินการประดิษฐ์ได้ และอาจกำหนดให้แสดงวิธีที่ดีที่สุดในการประดิษฐ์ที่ผู้ประดิษฐ์ทราบในวันที่ยื่นคำขอ โดยไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นการเปิดเผยในลักษณะใด ขึ้นอยู่กับนโยบายสิทธิบัตรของแต่ละประเทศ

การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์ที่เกี่ยวกับพืชก็ยอมรับกันว่าไม่อาจทำได้เหมือนกรณีการประดิษฐ์อื่น และกำหนดเพียงให้เปิดเผยให้สมบูรณ์ที่สุดเท่าที่จะทำได้¹⁰⁶ และอาจใช้วิธีฝากตัวอย่างแทนการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์¹⁰⁷ แสดงให้เห็นว่าการกำหนดแนวปฏิบัติที่ต่างกันสำหรับการประดิษฐ์ที่ต่างกันเป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ

¹⁰⁴ กรณีสิทธิการประดิษฐ์ และสิทธิบัตรการออกแบบผลิตภัณฑ์ที่มีลักษณะ และธรรมชาติ (Nature) ที่ต่างกัน สาร หรือรูปแบบ การเปิดเผยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องที่เป็นเงื่อนไขในการออกสิทธิบัตรก็แตกต่างกัน เช่น พ.ร.บ.สิทธิบัตร พ.ศ.2522 มาตรา 59 กำหนดให้ต้องแสดงภาพแสดงแบบผลิตภัณฑ์ในกรณีของสิทธิการออกแบบผลิตภัณฑ์ แต่ข้อกำหนดนี้ไม่ปรากฏในรายการที่ต้องระบุในคำขอกรณีสิทธิบัตรการประดิษฐ์ ตามมาตรา 17.

¹⁰⁵ TRIPS แบ่งประเภทของทรัพย์สินทางปัญญาออกเป็น 7 ประเภท คือ ลิขสิทธิ์ และสิทธิที่เกี่ยวข้อง, เครื่องหมายการค้า, สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์, การออกแบบอุตสาหกรรม, สิทธิบัตร, การออกแบบวงจรรวม, ความลับทางการค้า และยังแยกย่อยในสิทธิแต่ละประเภทอีกด้วย เช่น กรณีลิขสิทธิ์ได้แยกเป็นกรณีโปรแกรมคอมพิวเตอร์ การคุ้มครองนักแสดง ผู้ผลิตสิ่งบันทึกเสียง และองค์กรแพร่ภาพแพร่เสียง สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ยังแยกการคุ้มครองสินค้าไวน์ และสุราเป็นพิเศษ ในบางกรณี TRIPS ยังกำหนดภาระของผู้ยื่นคำขอที่แตกต่างกัน เช่น กรณีสิ่งประดิษฐ์เดียวกันที่ยื่นขอสิทธิบัตรไว้แล้วในต่างประเทศ ผู้ตรวจคำขอสิทธิบัตรอาจขอให้ผู้ยื่นคำขอในกรณีนี้แสดงข้อมูลดังกล่าวได้.

¹⁰⁶ กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 112 ไม่ได้กำหนดให้การเปิดเผยรายละเอียดการประดิษฐ์กรณีพืชต้องเปิดเผยอย่างละเอียดและชัดเจน (full, clear, concise) ดังเช่นกรณีการบรรยายรายละเอียดการประดิษฐ์กรณีสิทธิบัตรสิ่งประดิษฐ์ แต่ให้เปิดเผยให้ครบถ้วนเท่าที่จะทำได้ (is as complete as is reasonable possible).

¹⁰⁷ European Directive on the Legal Protection of Biotechnology Inventions 98/44 Article 13 ยอมรับการฝากตัวอย่างตาม Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure, 1977 เป็นการเปิดเผยรายละเอียดที่ถูกต้องตามกฎหมายสิทธิบัตรแล้ว โปรตุเกส Carvalho, Nono Pires de. "The Budapest Treaty and its Application to Human Stem Lines; the WIPO Approach on Ethical Issue, in the European

ดังนั้นการประเทศสมาชิกจะกำหนดให้การประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพต้องมีภาระเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้อง จึงสอดคล้องกับลักษณะ และธรรมชาติ (Nature) ของการประดิษฐ์ในสาขานี้ และไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

กล่าวโดยสรุป ผู้วิจัยเห็นว่า ทรัพยากรพันธุกรรมและภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องมีความสำคัญต่อการประดิษฐ์ในสาขาเทคโนโลยีชีวภาพโดยใช้เป็นพื้นฐานในการวิจัยต่อยอด สิ่งประดิษฐ์หลายชนิดมีความใกล้เคียงกับสิ่งที่ชุมชนพื้นเมืองใช้กันอย่างแพร่หลาย การกำหนดให้เปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม หรือภูมิปัญญาที่เกี่ยวข้องจะทำให้เจ้าหน้าที่ที่ตรวจสอบคำขอรู้ถึงสถานะของ “ความรู้ที่มีอยู่ก่อน” (Prior Art) ทำให้ตรวจสอบได้ว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีความใหม่ (Novelty) หรือไม่ การเปิดเผยยังทำให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้ว่าสิ่งประดิษฐ์นั้นมีขั้นตอนการประดิษฐ์สูงขึ้น (Inventive Step) ได้หรือไม่อีกด้วย

TRIPS กำหนดให้การขอรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต้องปฏิบัติตามกระบวนการ หรือวิธีการที่มีเหตุผล (Reasonable procedures and formalities) และสอดคล้องกับเงื่อนไขของ TRIPS การกำหนดให้เปิดเผยดังกล่าวข้างต้นซึ่งเป็นกระบวนการที่จะทำให้การตรวจสอบคำขอสิทธิบัตรเป็นไปอย่างถูกต้อง ป้องกันมิให้มีการให้สิทธิบัตรโดยไม่ชอบ (Bad patent) จึงถือว่าเป็นกระบวนการที่มีเหตุผลและสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ ตามมาตรา 62.1 และมาตรา 7 ของTRIPS

มาตรการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวยังช่วยป้องกันปัญหา “โจรสลัดชีวภาพ” (Bio-piracy) และทำให้การแบ่งปันผลประโยชน์มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ช่วยป้องกันการให้สิทธิบัตรโดยไม่ชอบ (Bad Patent) ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาสามารถติดตาม และโต้แย้งสิทธิบัตรที่ไม่ชอบดังกล่าวได้ง่ายและรวดเร็วขึ้น ทำให้การเฟื่องฟูของสิทธิบัตรที่ออกโดยไม่ชอบมีประสิทธิภาพมากขึ้น และยังทำให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นไปในทิศทางเดียวกัน และสอดคล้องกับหลักการของ CBD มาตรา 15 ¹⁰⁸

Group on Ethics in Science and New Technologies to the European Commission, Opinion on the Ethical Aspect of Patenting Invention Involving Human Stem Cells, Opinion No. 16, 99 (November 20, 2001) http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/avis16_en_complete.pdf (visited March 12, 2004).

¹⁰⁸ Verma, Surinder Kaur. “Protecting Traditional Knowledge: Is s *Sui Generis* System an Answer?.” 7 *The Journal of World Intellectual Property*. 765 (2004), p.782.

บทที่ 4

วิเคราะห์การเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์ จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในประเทศไทย

กฎหมายของประเทศไทยที่เกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมที่ปรากฏในปัจจุบันมีอยู่เพียงฉบับเดียว คือ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เท่านั้น และจำกัดเฉพาะพันธุ์กรรมพืช ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จากพันธุ์กรรมสัตว์ หรือสิ่งมีชีวิตชนิดอื่น ซึ่งพันธะกรณีของประเทศไทยตาม CBD นั้นจะครอบคลุมถึงพันธุ์กรรมของสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ดังนั้นจึงเป็นปัญหาสำหรับประเทศไทยที่ต้องเร่งมีกฎหมายกลางที่เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรม เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพ เป็นต้น เพื่อให้มีกฎหมายครอบคลุมทรัพยากรพันธุกรรมทั้งหมดในประเทศไทย

อนึ่ง เนื่องจากกฎกระทรวงเกี่ยวกับการแบ่งปันผลประโยชน์ยังอยู่ระหว่างการพิจารณากร่างของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นในความเป็นจริงการแบ่งปันผลประโยชน์ตามที่กำหนดใน พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 จึงยังไม่อาจบังคับได้ในปัจจุบัน และการตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ที่มีอยู่ก็อยู่ในรูปแบบข้อตกลงส่วนบุคคล ไม่ได้มีการรวบรวมหรือจัดทำเป็นหลักฐานอย่างชัดเจน ทำให้ผู้วิจัยไม่อาจหาข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทยมาศึกษาวิเคราะห์ได้ คงวิเคราะห์ได้แต่เพียงหลักกฎหมายตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 เท่านั้น

การควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ตาม พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 นั้น มีหลักการสำคัญ ดังนี้

1. การได้รับความยินยอมล่วงหน้า (Prior Informed Consent)

กฎหมายไทยแบ่งพันธุ์พืชที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายออกเป็น 3 ชนิด คือ พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น และพันธุ์พืชป่า และกำหนดให้การเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องได้รับอนุญาตจากชุมชนท้องถิ่นที่จดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชชนิดนั้นๆ ก่อน¹⁰⁹ และกรณีการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าก็ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเช่นเดียวกัน¹¹⁰

อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า การเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นที่ต้องขออนุญาตก่อนนี้ จำกัดเฉพาะการเข้าถึงเพื่อนำไปใช้ประโยชน์ในทางการค้าเท่านั้น กรณีการเข้าถึงเพื่อการค้นคว้า หรือวิจัย

¹⁰⁹ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 48 วรรคหนึ่ง.

¹¹⁰ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 52.

โดยไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อนแต่ประการใด ซึ่งทำให้การเข้าถึงในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายควบคุม

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ CBD แล้วจะพบว่า การเข้าถึงใน CBD จะครอบคลุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในทุกกรณี ในกรณีของประเทศฟิลิปปินส์กฎหมาย Executive Order 247 ได้แยกรูปแบบและเงื่อนไขของสัญญาออกเป็น 2 แบบ คือ สัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการพาณิชย์ (Commercial Research Agreement)¹¹¹ และสัญญาเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อการวิจัยทางวิชาการ (Academic Research Agreement) ขอบเขตของกฎหมายประเทศฟิลิปปินส์จึงกว้างกว่า พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 ของประเทศไทย

ประเด็นการได้รับความยินยอมล่วงหน้าในกรณีของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดอย่างชัดเจนว่าต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้าหรือไม่ และต้องได้รับความยินยอมจากผู้ใด กฎหมายเพียงแต่กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ได้รับหนังสือสำคัญแสดงการจดทะเบียนพื้นเมืองเฉพาะถิ่นเป็นผู้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์¹¹² โดยกฎหมายก็มิได้ระบุชัดเจนว่าต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เมื่อใด ก่อนหรือหลังการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น

ลักษณะเช่นนี้ผู้วิจัยเห็นว่ากฎหมายไทยยังไม่สอดคล้องกับหลักการให้ความยินยอมล่วงหน้าตาม CBD และอาจเปิดช่องให้มีการเข้าถึงพันธุกรรมพืชโดยไม่ผ่านกระบวนการขออนุญาต ซึ่งจะทำให้ผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) ขาดการรับรู้และมีส่วนร่วมในการอนุญาตให้เข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าเป็นกลไกสำคัญที่จะใช้ถ่วงดุลการเจรจาต่อรองผลประโยชน์ อีกทั้งยังทำให้กระบวนการจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เกิดความโปร่งใส (Transparency) ไม่ตกอยู่ภายใต้การดำเนินการของหน่วยงานที่เป็นผู้จัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

กรณีการขอเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไปและพันธุ์พืชป่าจะแตกต่างกัน โดยกฎหมายกำหนดให้ต้องขออนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างชัดเจน¹¹³

อย่างไรก็ดี กระบวนการให้ความยินยอมล่วงหน้าตามกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยนี้มีข้อที่ควรพิจารณาว่า ใครจะเป็นผู้ให้ความยินยอม ในกรณีของพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นนั้น หากกำหนดให้เพียงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ที่ยื่นจดทะเบียนคุ้มครองพันธุ์พืชเป็นผู้ให้ความยินยอม ก็อาจจะกระทบต่อบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชดังกล่าวแต่ไม่ได้เป็นผู้ยื่นขอจดทะเบียน และกรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าหากให้เฉพาะหน่วยงานของรัฐเป็นผู้ให้ความยินยอมก็อาจเกิดปัญหาได้ในลักษณะเดียวกัน

ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดให้ผู้มีส่วนได้เสีย (Stakeholders) อย่างกว้างเพื่อให้ครอบคลุมบุคคลในทุกภาคส่วนที่เกี่ยวข้องได้มีส่วนในการพิจารณาให้ความยินยอม ดังเช่นแนวทางของประเทศออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา โคลัมเบีย และฟินแลนด์จะเป็นประโยชน์มากกว่า

¹¹¹ Executive Order 247, Section 5.

¹¹² พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 48 วรรค 2.

¹¹³ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 52.

อย่างไรก็ตามเพื่อลดขั้นตอนมิให้เกิดความยุ่งยาก และเสียเวลามากเกินสมควรจากการต้องได้รับความยินยอมจากผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมด ผู้วิจัยเห็นว่าการตั้งคณะกรรมการที่มีตัวแทนของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหมดให้เป็นผู้พิจารณาให้ความยินยอมจะเป็นแนวทางที่มีประสิทธิภาพสูงสุด

2. การทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ (Benefit-sharing Agreement)

(1) พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น

กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชของไทยกำหนดให้ผู้เข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์¹¹⁴ ยกเว้นกรณีการใช้พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นตามที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้¹¹⁵

อย่างไรก็ตาม กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชไม่ได้กำหนดรายละเอียดของเงื่อนไขในข้อตกลง ซึ่งจะต่างจากข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าที่กำหนดไว้ด้วยว่าข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องมีรายการตามที่กฎหมายกำหนด

แต่แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดรายละเอียดเงื่อนไขของข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จาก พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น แต่กฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชก่อน¹¹⁶ ดังนั้นการจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นจึงอาจจัดทำโดยอ้างอิงเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการทำข้อตกลงในการเข้าถึงพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่าก็ได้

นอกจากการที่กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองพันธุ์พืชต้องให้ความเห็นชอบในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์กรณีพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นแล้ว กฎหมายยังไม่มีกระบวนการ หรือกลไกใดๆ เพื่อช่วยเหลือการเจรจาต่อรอง หรือจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์แต่อย่างใด ดังนั้นกรณีที่ต้องคัดกรองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ขาดประสบการณ์ในการเจรจาต่อรอง หรือไม่มีบุคลากรที่มีศักยภาพในการเจรจาอาจทำให้ผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่นทำข้อตกลงที่เสียเปรียบก็ได้

ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า ภาครัฐควรจัดให้มีหน่วยงานที่เสริมกระบวนการเจรจาจัดทำผลประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิเหนือพันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น เช่น กรณีกระทรวงสิ่งแวดล้อมและพลังงาน (MINAE) ทำงานอย่างใกล้ชิดร่วมกับ INBio ในการจัดทำข้อตกลงกับ Merck

นอกจากการตั้งหน่วยงานเพื่อช่วยเหลือการเจรจาต่อรองดังกล่าวข้างต้นแล้ว การก่อตั้งองค์กร หรือหน่วยงานกลางเพื่อให้เป็นผู้รับสิทธิมาจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กลุ่มเกษตรกร หรือสหกรณ์ จากนั้นจึงเป็นผู้ให้สิทธิช่วงแก่ผู้ที่ต้องการเข้าถึงพันธุ์พืชอีกทอดหนึ่ง INBio ของประเทศคอสตาริกา หรือ University of Yaounde' Center for Health Sciences ของประเทศแคเมอรูน เป็นกลไกแบบหนึ่งที่ลดข้อจำกัดข้างต้นลงได้

¹¹⁴ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 48.

¹¹⁵ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 47.

¹¹⁶ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 48.

(2) พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า

การทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์เกี่ยวกับพันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่านั้น กฎหมายได้แยกระหว่างการใช้พันธุ์พืชเพื่อการค้า และการใช้โดยไม่วัตถุประสงค์เพื่อการค้า

กรณีการใช้ประโยชน์เพื่อการค้า กฎหมายกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ โดยอย่างน้อยข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ต้องมีรายการดังต่อไปนี้¹¹⁷

1. วัตถุประสงค์ของการเก็บหรือรวบรวมพันธุ์พืช
2. จำนวน หรือปริมาณของตัวอย่างพันธุ์พืชที่ต้องการ
3. ข้อผูกพันของผู้ได้รับอนุญาต
4. การกำหนดความเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในผลงานการปรับปรุงพันธุ์ ศึกษา ทดลอง หรือวิจัยที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง
5. การกำหนดจำนวน อัตรา และระยะเวลาการแบ่งปันผลประโยชน์ตามข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในผลิตภัณฑ์ที่ได้มาจากการใช้พันธุ์พืชในข้อตกลง
6. อายุของข้อตกลง
7. การยกเลิกข้อตกลง
8. การกำหนดวิธีการระงับข้อพิพาท
9. รายการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ส่วนกรณีการใช้โดยไม่วัตถุประสงค์เพื่อการค้า แม้กฎหมายจะไม่ได้กำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ก็กำหนดให้ต้องปฏิบัติตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด¹¹⁸ ซึ่งในปัจจุบัน คณะกรรมการยังไม่มีกรอบระเบียบในกรณีนี้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดีผู้วิจัยเห็นว่า คณะกรรมการอาจกำหนดให้แบ่งปันผลประโยชน์ในลักษณะที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินก็ได้ เช่น การขอให้เปิดเผยผลการวิจัยต่อสาธารณะ การร้องขอให้ทำการวิจัยภายในประเทศไทย หรือยอมให้นักวิจัยของไทยมีส่วนร่วมในการวิจัยนั้นด้วย เป็นต้น

ในกรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่าระเบียบของคณะกรรมการควรกำหนดเงื่อนไขกรณีมีการโอนพันธุ์พืชให้แก่บุคคลที่สาม และบุคคลที่สามนำไปใช้โดยมีวัตถุประสงค์ทางการค้า โดยควรกำหนดให้ผู้โอนต้องแจ้งการโอนพันธุ์พืชนั้นให้คณะกรรมการทราบ และบุคคลที่สามผู้รับโอนต้องมีหน้าที่แบ่งปันผลประโยชน์ต่อกองทุนพันธุ์พืชต่อไป ทั้งนี้เพื่อมิให้มีการเลี่ยงการแบ่งปันผลประโยชน์โดยอ้างว่ามีได้ใช้ในทางการค้า

ประเด็นที่ควรพิจารณาต่อไปคือ ในกรณีผู้โอนได้พัฒนาพันธุ์พืชมาแล้วในระดับหนึ่ง ควรจะมีสิทธิเรียกค่าตอบแทนจากบุคคลที่สามผู้รับโอนได้หรือไม่

กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ระเบียบของคณะกรรมการควรกำหนดให้ผู้รับโอนต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ส่งเข้ากองทุนคุ้มครองพันธุ์พืช ซึ่งเทียบได้กับการโอนทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่อยู่ในระหว่างการพัฒนา (Plant genetic resources for food and agriculture under development) ซึ่ง

¹¹⁷ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 52.

¹¹⁸ พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ.2542 มาตรา 53.

องค์กรบริหาร (Governing Body-GB) ของ ITPGR มีมติว่าผู้รับโอนต้องทำสัญญาตามสัญญามาตรฐานว่าด้วยการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ (The Standard Material Transfer Agreement-SMTA) เป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งแยกต่างหาก¹¹⁹

3. ลักษณะและประเภทของผลประโยชน์

หากพิจารณาจากกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชแล้วจะพบว่ากฎหมายกำหนดเพียงให้ทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ แต่ไม่ได้กำหนดรายละเอียดของผลประโยชน์ว่าเป็นผลประโยชน์ประเภทใด เท่ากับกฎหมายเปิดกว้างให้ขึ้นอยู่กับการเจรจาตกลงระหว่างคู่สัญญา เพื่อกำหนดลักษณะของผลประโยชน์ที่สอดคล้องตรงกับความต้องการสูงสุด

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยเห็นว่ารูปแบบและลักษณะของผลประโยชน์ที่เป็นไปได้ แบ่งเป็น 2 ประเภท คือ ผลประโยชน์ทางการเงิน และผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน ซึ่งมีประเด็นวิเคราะห์ดังต่อไปนี้

(1) ผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary Benefit)

จากการศึกษาการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ ผู้วิจัยพบว่า ข้อตกลงส่วนใหญ่จะกำหนดให้จ่ายผลประโยชน์ทางการเงินด้วย แต่ผลประโยชน์ทางการเงินจะมีใช้ผลประโยชน์หลัก กล่าวคือ ข้อตกลงส่วนใหญ่จะเน้นผลประโยชน์ที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงินมากกว่า

อย่างไรก็ดี ในกรณีการกำหนดผลประโยชน์ทางการเงินในประเทศไทยนั้น ผู้วิจัยเห็นด้วยว่าไม่ควรให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ทางการเงินมากนัก เนื่องจากการคำนวณ หรือคาดการณ์ว่า พันธุกรรมจะสร้างผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจมากเพียงใดนั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก หรืออาจทำไม่ได้ และการวิจัยค้นคว้าพันธุกรรมจนได้เป็นผลิตภัณฑ์นั้นอาจใช้เวลานานนับสิบปี ดังเช่นกรณีข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ของ INBio และ Merck ที่จนถึงปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่าเกิดผลิตภัณฑ์จากพันธุกรรมที่ได้รับไป

แต่การเรียกผลประโยชน์ทางการเงินผู้วิจัยเห็นว่าเป็นสิ่งจำเป็น เพราะสามารถนำไปใช้ประโยชน์ได้ในทันที แต่ควรเรียกในปริมาณที่ไม่สูงมากนัก โดยอาจเรียกในรูปของค่าธรรมเนียมแรกเข้า (Up-front Fee) จากนั้นอาจเรียกค่าธรรมเนียมการสำรวจ หรือค่าธรรมเนียมการวิจัยเป็นช่วงๆ ตลอดระยะเวลาที่สำรวจ หรือวิจัยก็ได้ และเมื่อพัฒนาขั้นสุดทำจนได้เป็นผลิตภัณฑ์ก็อาจให้จ่ายเป็นค่าสิทธิเป็นอัตราร้อยละของรายได้ที่เกิดขึ้นก็ได้

ปัญหายุ่งยากประการหนึ่งของการกำหนดค่าสิทธิ คือ ความเหมาะสมของอัตราค่าสิทธิที่กำหนดให้จ่าย ปัญหานี้เป็นประเด็นถกเถียงกันในการยกร่างสัญญามาตรฐานว่าด้วยการถ่ายโอนวัสดุชีวภาพ (SMTA) ด้วยเช่นกัน ซึ่งในที่สุดที่ประชุมขององค์กรบริหาร (GB) ของ ITPGR ได้แยกการจ่ายค่าสิทธิออกเป็น 2 รูปแบบและให้ผู้รับทรัพยากรพันธุกรรมเป็นผู้เลือกที่จะชำระค่าสิทธิในแบบใด กล่าวคือ แบบแรกใช้ในกรณีนำทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR ไปใช้จนเกิดเป็น

¹¹⁹ Earth Negotiation Bulletin. Vol.9 No.369, 19 June 2006, p.2.

ผลิตภัณฑ์ (Product) และผลิตภัณฑ์นั้นอยู่ภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญา เช่น การปรับปรุงพันธุ์พืชใหม่ที่ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR กรณีนี้ผู้รับทรัพยากรพันธุกรรมต้องชำระค่าสิทธิในอัตราร้อยละ 1.1

ส่วนอีกแบบหนึ่งจะให้ชำระค่าสิทธิในทุกกรณีที่เป็นผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพันธุ์พืชที่อยู่ในบัญชีรายชื่อท้าย ITPGR โดยไม่ต้องคำนึงว่าผลิตภัณฑ์นั้นได้ใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากระบบพหุภาคีของ ITPGR หรือไม่ แต่กรณีนี้จะจ่ายค่าสิทธิต่ำกว่าเพียงอัตราร้อยละ 0.5 เท่านั้น

ที่ประชุมองค์กรบริหาร (GB) ของ ITPGR เห็นว่าการชำระค่าสิทธิในรูปแบบที่สองจะทำให้กองทุนได้รับเงินเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก เพราะใช้บังคับได้กับผลิตภัณฑ์ต่างๆ ที่มีอยู่ในตลาดแล้วในขณะนี้ แต่กรณีแรกอาจต้องใช้เวลา 7-15 ปีกว่าที่ผลิตภัณฑ์จะออกสู่ตลาด¹²⁰

(2) ผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non-monetary Benefit)

ผู้วิจัยเห็นว่าประเทศไทยควรให้ความสำคัญกับผลประโยชน์อื่นที่มีใช้ผลประโยชน์ทางการเงิน โดยควรเน้นที่การถ่ายทอดเทคโนโลยี การกำหนดให้นักวิจัยไทยมีส่วนร่วมในการสำรวจ หรือเก็บตัวอย่าง ตลอดจนการร่วมวิจัยค้นคว้าตัวอย่างดังกล่าว การวิจัยก็ควรให้ดำเนินการภายในประเทศไทย และในกรณีที่ขาดแคลนอุปกรณ์ หรือเครื่องมือในการวิจัย ก็ควรกำหนดให้ผู้ขออนุญาตเข้าถึงต้องจัดหาเครื่องมือ และอุปกรณ์ดังกล่าวให้ด้วย การกำหนดผลประโยชน์ในลักษณะเช่นนี้สอดคล้องกับหลักการของ CBD และ Bonn Guidelines และเป็นรูปแบบที่แพร่หลายในข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ในต่างประเทศ ดังที่ได้นำมาเป็นกรณีศึกษาข้างต้นแล้ว

ผู้วิจัยยังเห็นว่า การขอมีสหิทธิร่วมเป็นเจ้าของทรัพย์สินทางปัญญาในผลการวิจัย หรือผลิตภัณฑ์ที่ได้มา โดยอาจเป็นเจ้าของร่วมในสัดส่วนที่เท่าเทียมกัน หรือน้อยกว่าก็ได้ เนื่องจากการเป็นเจ้าของร่วม ผู้วิจัยเห็นว่าจะช่วยให้ประเทศไทยมีสิทธิในบริหารจัดการทรัพย์สินทางปัญญาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

4. ปัญหาการควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์กับการกีดกันทางการค้า

แม้การบริหารจัดการทรัพยากรพันธุกรรมพืชจะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ทรัพยากรพันธุกรรมนั้นตั้งอยู่ แต่ทรัพยากรพันธุกรรมมีบทบาทสำคัญต่อเทคโนโลยีชีวภาพในการสร้างสรรค์นวัตกรรม หรือผลิตภัณฑ์ใหม่ที่เป็นประโยชน์ต่อมนุษย์ ความสำคัญของทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงถูกผูกโยงกับเรื่องการค้าอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ และโดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคิดที่รัฐจะเข้าควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และยังกำหนดให้ต้องทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์จากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรม ยิ่งทำให้การบริหารจัดการดังกล่าวกระทบต่อการค้าในแง่มูลค่าที่เพิ่มขึ้นตอน กระบวนการ และต้นทุนในการสร้างสรรค์ผลิตภัณฑ์

¹²⁰ Earth Negotiation Bulletin. Vol.9 No.369, 19 June 2006, p.12.

เมื่อประกอบกับข้อเสนอของกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทยที่ต้องการให้ผู้ขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมในคำขอรับความคุ้มครอง ยิ่งทำให้ภาคอุตสาหกรรมในประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่เห็นว่าจะเป็นภาระที่สูงเกินไป และบางประเทศถึงกับมีความเห็นว่า ข้อเสนอเหล่านี้ไม่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ปัญหาประการหนึ่งที่ควรพิจารณา คือ เงื่อนไขที่กำหนดให้ต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมนั้น อาจถูกนำไปใช้เป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการกีดกันทางการค้า หรือเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าที่มีใช้ภาษี (Non- tariff barriers-NTB) ได้หรือไม่ ซึ่งผู้วิจัยจะวิเคราะห์ปัญหา ดังนี้

(1) ลักษณะข้อกีดกันทางการค้าที่เกิดจากการควบคุมการเข้าถึงและการแบ่งปันผลประโยชน์

จากการศึกษามาตรการ และกลไกการควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ที่กล่าวมาก่อนหน้านี้แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการและกลไกดังกล่าวอาจก่อให้เกิดข้อจำกัด หรือข้อกีดกันทางการค้าได้ใน 3 ลักษณะ คือ

1. การเพิ่มขึ้นตอน และระยะเวลาในการขออนุญาต หรือได้รับความยินยอมจากหน่วยงานราชการ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม
2. การเพิ่มขึ้นตอน และระยะเวลาดังกล่าวจะเป็นสาเหตุให้ต้นทุนและค่าใช้จ่ายของผู้ขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพิ่มขึ้น ทำให้กระทบต่องบประมาณของผู้ขอเข้าถึง และราคาจำหน่ายของผลิตภัณฑ์
3. การเพิ่มความเสี่ยงในทางธุรกิจ เป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า จะมีทรัพยากรพันธุกรรมพืชเพียงส่วนน้อยเท่านั้นที่สามารถพัฒนาต่อไปจนเป็นผลิตภัณฑ์จำหน่ายในเชิงพาณิชย์ได้ ในส่วนนี้ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นความเสี่ยงปกติในเชิงธุรกิจ อย่างไรก็ตามกระบวนการขออนุญาตเข้าถึง เป็นกระบวนการเพิ่มเติมที่เพิ่มความเสี่ยงให้มากขึ้น เนื่องจากในกระบวนการขออนุญาต อาจต้องติดต่อกับหน่วยงานหลายแห่ง หรือต้องขอความยินยอมจากหลายชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง และในท้ายที่สุดอาจไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชก็ได้

ผู้วิจัยขอกล่าวถึงข้อกีดกันทางการค้าทั้ง 3 ลักษณะในรายละเอียด รวมทั้งข้อเสนอแนะต่อข้อกีดกันดังกล่าว ดังนี้

(ก) การเพิ่มขึ้นตอน และระยะเวลาในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช

การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชในอดีตสามารถทำได้ง่าย หรือค่อนข้างง่าย โดยแทบจะไม่มีข้อจำกัดทางด้านกฎหมายเลย ดังนั้นหากต้องได้รับความยินยอมจากหน่วยงานราชการ หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องก่อน ข้อที่ต้องพิจารณา คือ หน่วยงานที่จะเป็นผู้พิจารณาอนุญาตหรือให้ความยินยอม คือหน่วยงานใด และมีขั้นตอนการพิจารณาอย่างไร ใช้เวลาในการพิจารณานานเพียงใด

ในกรณีที่หน่วยงานให้คำอนุญาตไม่ได้มีเพียงหน่วยงานเดียว เช่น นอกจากจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานกลางของทางราชการแล้ว ยังต้องขออนุญาตจากหน่วยงานท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอีกด้วย กระบวนการเช่นนี้จะทำให้การขออนุญาตมีความละเอียดและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เนื่องจากอาจมีปัญหาขัดกันระหว่างความเห็นของหน่วยงานที่ให้คำอนุญาตในแต่ละระดับชั้น หรือแม้แต่ความคิดเห็นที่แตกต่างในระหว่างชุมชนต่าง ๆ ที่ต้องให้ความยินยอม กรณีศึกษาการขอความยินยอมในประเทศเม็กซิโก เพื่อสำรวจพืชและราในพื้นที่ของชนเผ่ามายา เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงความซับซ้อนของการขอความยินยอม ทั้งที่ผู้ขออนุญาตได้ใช้วิธีการต่าง ๆ ที่หลากหลายเพื่อให้ชนพื้นเมืองที่เกี่ยวข้องเข้าใจวัตถุประสงค์ของโครงการ แม้โครงการจะได้รับความยินยอมจากชุมชนพื้นเมืองเกือบทั้งหมด แต่มีผู้คัดค้านเพียงรายเดียวโครงการนี้ก็ไม่ได้รับอนุญาตในท้ายที่สุด

ดังนั้นขั้นตอนต่าง ๆ ดังกล่าวจึงทำให้ต้องใช้ระยะเวลาเพิ่มมากขึ้น และในเชิงพาณิชย์แล้ว ระยะเวลาที่เสียไปเป็นสิ่งที่ต้องนำมาใช้ประกอบการคำนวณต้นทุนด้วย ระยะเวลาที่เนิ่นนานออกไปย่อมทำให้ต้นทุนของผู้ประกอบการเพิ่มมากขึ้น นอกจากนี้ยังมีปัจจัยความไม่แน่นอนว่าในท้ายที่สุดแล้วจะได้รับความยินยอมหรือไม่ ซึ่งถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของผู้ประกอบการ

ความสลับซับซ้อนของกระบวนการขอความยินยอมที่มากเกินไปจะเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ทำให้ผู้ขออนุญาตเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมเพื่อใช้ประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่ขาดศักยภาพ และปัจจัยด้านบุคลากร หรือเงินทุนในการดำเนินการตามกระบวนการขอความยินยอมถูกกีดกันจากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม โดยเฉพาะผู้วิจัยเกรงว่าผู้ขอเข้าถึงที่เป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางของไทยเองจะได้รับผลกระทบจากมาตรการและกลไกควบคุมดังกล่าว นอกจากนี้การที่มาตรการควบคุมที่เป็นอุปสรรคเกินไปจะไม่จูงใจให้ปฏิบัติตามกฎหมาย แต่จะทำให้เกิดการเสี่ยงกฎหมายด้วยการลักลอบเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม เท่ากับเพิ่มต้นทุนในการบังคับใช้กฎหมายแก่ภาครัฐจากการตรวจสอบ ควบคุมการลักลอบเข้าถึง ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่าการตรวจตราเพื่อป้องกันดังกล่าวเป็นสิ่งที่ทำได้ค่อนข้างยาก

(ข) การเพิ่มต้นทุน และค่าใช้จ่าย

การที่ผู้ขอเข้าถึงต้องขออนุญาตจากหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง ทำให้ผู้ขอเข้าถึงมีค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจากกระบวนการดังกล่าว โดยเฉพาะกรณีหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องที่ต้องขอความยินยอมมีหลายแห่ง ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าวเป็นต้นทุนทางการค้าที่เกิดขึ้น แม้ว่าในท้ายที่สุดผู้ประกอบการจะรวมค่าใช้จ่ายดังกล่าวในราคาจำหน่ายผลิตภัณฑ์ แต่จากการศึกษาพบว่า การพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมจนได้เป็นผลิตภัณฑ์นั้นต้องใช้เวลาและไม่มี ความแน่นอนว่าในท้ายที่สุดแล้วจะได้ผลิตภัณฑ์ขึ้นจริงหรือไม่ ดังเช่น กรณีการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมของประเทศคอซอวาร์กา ที่จนกระทั่งปัจจุบันยังไม่ปรากฏว่ามีผลิตภัณฑ์ที่เกิดขึ้นจากทรัพยากรพันธุกรรมแต่อย่างใด ความไม่แน่นอนดังกล่าวเป็นความเสี่ยงที่อาจกระทบต่อการตัดสินใจของผู้ประกอบการว่าจะดำเนินการเพื่อขอเข้าถึงและค้นคว้าวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมนั้นต่อไปหรือไม่

ในประเด็นการแบ่งปันผลประโยชน์ก็เป็นการเพิ่มต้นทุนในการใช้ประโยชน์ในเชิงการค้า เช่นเดียวกัน แต่ระดับของผลกระทบจะขึ้นอยู่กับประเภทของผลประโยชน์ และรูปแบบการจ่ายผลประโยชน์ที่ตกลงร่วมกัน เช่น การกำหนดค่าธรรมเนียมสำรวจไว้สูงอาจไม่จูงใจให้มีการสำรวจ และผู้สนใจอาจเลี่ยงไปใช้ทรัพยากรพันธุกรรมจากแหล่งอื่นแทน เป็นต้น

ผู้วิจัยยังเห็นว่าต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นจะกระทบต่อผู้ประกอบการรายย่อยที่ไม่มีเงินทุนมากนัก เช่น ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ที่ใช้สมุนไพรในประเทศไทย และจะกลายเป็นการกีดกันผู้ประกอบการเหล่านี้ให้ออกจากตลาดไป ตลาดก็จะตกอยู่กับผู้ประกอบการที่มีเงินทุนสูง และเกิดปัญหาการผูกขาดตามมาในท้ายที่สุด

(ค) ความเสี่ยงในการไม่ได้รับอนุญาต

ในการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้น เกษตรกร หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมดังกล่าวควรมีสติธิในการให้ความเห็นชอบ หรือไม่เห็นชอบในการเข้าถึงดังกล่าว แต่กรณีที่มีชุมชนเหล่านี้เป็นจำนวนมาก การทำความเข้าใจกับชุมชนต่างๆ อาจเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก เช่น กรณีชุมชนที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมมีความแตกต่างทางวัฒนธรรม ความเชื่อ หรือภาษา เป็นต้น การทำความเข้าใจเพื่อให้ทุกชุมชนมีความเห็นพ้องต้องกันในการอนุญาตให้เข้าถึงอาจมีปัญหาและอุปสรรค และทำให้ในท้ายที่สุดไม่อาจมีการเข้าถึงได้เพราะผลของเสียงส่วนน้อย แม้ว่าเสียงส่วนใหญ่จะเห็นชอบด้วยก็ตาม ลักษณะเช่นนี้จึงเป็นการเพิ่มความเสี่ยงในทางธุรกิจในชั้นขออนุญาต เพิ่มเติมจากความเสี่ยงในการพัฒนาทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่เป็นความเสี่ยงเดิมที่มีอยู่ก่อนแล้ว

ผู้วิจัยเห็นว่า การให้ความยินยอมในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมควรผ่านการพิจารณาจากหน่วยงาน หรือชุมชนที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วน แต่อาจมีการปรับกระบวนการให้กระชับ และมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยการใช้ระบบคณะกรรมการที่มีตัวแทนของชุมชนที่เกี่ยวข้องเป็นผู้พิจารณา และเป็นระบบคณะกรรมการ 2 ชั้น โดยให้คณะกรรมการในระดับท้องถิ่นพิจารณาคำขออนุญาตในเบื้องต้นก่อนว่าเห็นควรให้มีการเข้าถึงหรือไม่ หากคณะกรรมการระดับท้องถิ่นเห็นควรไม่อนุญาตจึงให้ผู้ขอเข้าถึงอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการระดับชาติอีกชั้นหนึ่ง

การจำกัดให้ขออนุญาตจากคณะกรรมการระดับท้องถิ่น เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องมีส่วนอย่างแท้จริงในการพิจารณาคำขอ และจะสร้างความชัดเจนแก่ผู้ขอเข้าถึงว่า ผู้ที่จะให้ความยินยอมประกอบด้วยบุคคลใด หรือชุมชนใดบ้าง การสร้างกระบวนการพิจารณาที่ชัดเจน โปร่งใสจะช่วยลดความเสี่ยงในสายตาของภาคเอกชน

(2) ผู้ได้รับผลกระทบจากข้อกีดกันทางการค้า

การกำหนดมาตรการ หรือกลไกควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์แม้จะเป็นประโยชน์ต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช ตลอดจนชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นก็ตาม แต่ก็ปฏิเสธมิได้ว่ามาตรการ หรือกลไกดังกล่าวกระทบต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชนั้นในเชิงพาณิชย์ ผู้ที่จะได้รับผลกระทบได้แก่ นักสำรวจ หรือนักวิจัยที่ต้องการศึกษา

ค้นคว้าทั้งเพื่อประโยชน์ในเชิงวิชาการ หรือในเชิงพาณิชย์ ผู้ประกอบการที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืช เช่น ผู้ผลิต ผู้ค้าส่ง ผู้ค้าปลีก ผู้ส่งออก หรือผู้นำเข้า เป็นต้น และผู้ใช้ผลิตภัณฑ์นั้นเป็นผู้ที่จะได้รับผลกระทบเป็นกลุ่มสุดท้าย

ผู้ที่ได้รับผลกระทบทั้ง 3 กลุ่มนี้ยังแยกเป็นในระดับภายในประเทศ และระดับระหว่างประเทศอีกด้วย ซึ่งผู้วิจัยจะวิเคราะห์เป็นลำดับ ดังนี้

(ก) นักสำรวจและนักวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Researcher)

นักสำรวจ และนักวิจัยทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นคนกลุ่มแรกๆ ที่จะได้รับผลกระทบจากมาตรการควบคุมการเข้าถึง เนื่องจากเป็นต้นนำของการนำทรัพยากรพันธุกรรมพืชไปใช้ประโยชน์ หากมาตรการ หรือกลไกการควบคุมและแบ่งปันผลประโยชน์มีความละเอียดซับซ้อน หรือมีความยุ่งยากมาก จะเป็นอุปสรรคต่อนักสำรวจ และนักวิจัยในการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืช ผลกระทบจากปัญหานี้ยังอาจแตกต่างกันระหว่างนักสำรวจวิจัยอิสระหรือที่อยู่ภายใต้วิสาหกิจเอกชน หรือเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กหรือขนาดกลาง กล่าวคือ หากเป็นนักสำรวจนักวิจัยที่อยู่ภายใต้วิสาหกิจเอกชน ภาระต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นย่อมตกอยู่กับวิสาหกิจนั้น แต่กรณีเป็นนักวิจัยอิสระ หรือผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นย่อมเป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม

หากพิจารณาจากด้านของทรัพยากรพันธุกรรมพืช การกำหนดเงื่อนไขควบคุมการเข้าถึงไว้อย่างเข้มงวด อาจทำให้ผู้ขอเข้าถึงเลียงไปใช้ทรัพยากรพันธุกรรมประเภทเดียวกันจากแหล่งอื่น เช่น จากประเทศใกล้เคียง หรือจากธนาคารพันธุกรรม ทำให้ทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศไม่ถูกใช้ประโยชน์อย่างเต็มที่ และประเทศจะสูญเสียผลประโยชน์ที่จะได้รับจากข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

การกำหนดมาตรการควบคุมการเข้าถึงแม้จะทำให้มีขั้นตอนเพิ่มขึ้น แต่ผู้วิจัยเห็นว่าจะทำให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชมีความเป็นระเบียบ และอยู่ภายใต้การดูแลของรัฐได้ดีขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่ในอดีตไม่มีหลักเกณฑ์ควบคุมการเข้าถึงทำให้เป็นโอกาสให้บริษัทวิจัยจากต่างประเทศใช้เป็นช่องทางเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมพืชของไทย โดยปราศจากการควบคุม หรือรับรู้จากหน่วยงานภาครัฐ ดังเช่น กรณีกาวเครือ และเป็ล้าน้อยของไทย ซึ่งกว่าประเทศไทยจะรู้ว่ามีผู้นำทรัพยากรพันธุกรรมพืชของไทยไปใช้ประโยชน์ ก็เมื่อมีการจดสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชแล้ว และการกำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐก่อนการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ยังสอดคล้องกับหลักอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรพันธุกรรมพืชอีกด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการขออนุญาตอาจบรรเทาได้ หากกำหนดมาตรการ หรือกลไกอย่างเหมาะสม เช่น รัฐอาจกำหนดมาตรการที่ต่างกันระหว่างการเข้าถึงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า และที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้าเพื่อไม่ให้กระทบต่อการค้นคว้าวิจัยทางวิชาการ แต่ก็ควรคำนึงถึงการหลีกเลี่ยงโดยแจ้งว่าเป็นการเข้าถึงโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อการค้า แต่ต่อมาได้นำผลการวิจัยไปใช้ในเชิงพาณิชย์ โดยอาจเป็นการใช้เอง หรือมอบให้บุคคลอื่นนำไปใช้อีกทอดหนึ่ง รวมทั้งกรณีการเผยแพร่ผลงานวิจัยต่อสาธารณะ และมีบุคคลอื่นนำผลวิจัยดังกล่าวไปใช้ในเชิงพาณิชย์

ในส่วนของการเข้าถึงโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการค้านั้น รัฐอาจกำหนดมาตรการพิเศษสำหรับ นักวิจัยอิสระ หรือเป็นผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลาง เป็นต้น

(ข) ผู้จำหน่ายผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรมพืช (Distributor)

ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดมาตรการ หรือกลไกควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เหมาะสมจะเพิ่มต้นทุนแก่ผู้ประกอบการ ทำให้ผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมที่จะนำไปจำหน่ายในเชิงพาณิชย์มีราคาสูง และอาจไม่สามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมในแหล่งอื่นที่มีต้นทุนในการเข้าถึงต่ำกว่า เช่น ผลิตภัณฑ์ที่นำเข้าจากต่างประเทศ และในทำนองเดียวกัน หากผู้ประกอบการไทยที่มีต้นทุนในการเข้าถึงสูงกว่า เมื่อจะส่งสินค้าออกไปจำหน่ายยังต่างประเทศก็ไม่สามารถแข่งขันกับผลิตภัณฑ์ที่มีต้นทุนต่ำกว่าได้

(ค) ผู้ใช้ผลิตภัณฑ์ (End user)

การที่ต้นทุนของผลิตภัณฑ์ที่พัฒนาจากทรัพยากรพันธุกรรมพืชสูงขึ้นทำให้ราคาจำหน่ายผลิตภัณฑ์สูงขึ้นไปด้วย ซึ่งไม่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค และการที่นักวิจัยอิสระ หรือผู้ประกอบการขนาดเล็กและขนาดกลางถูกกีดกันออกจากการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เนื่องจากไม่อาจแบกรับต้นทุนและค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นได้ ย่อมทำให้เกิดตลาดเกิดการผูกขาด และเป็นผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวม

การที่ทรัพยากรพันธุกรรมภายในประเทศไม่ถูกนำไปพัฒนา ทำให้เกิดการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมอย่างไม่เต็มที่ และขาดประสิทธิภาพ และขาดโอกาสที่จะพัฒนาจนได้ผลิตภัณฑ์ใหม่ๆ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค

5. ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทย

รูปแบบของการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์นั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่มีแม่แบบที่จะสามารถนำไปใช้ได้กับทุกๆ ประเทศ อย่างไรก็ตามจากการวิจัยพบว่ามีเงื่อนไข หรือหลักการสำคัญที่จะทำให้ นโยบาย และกระบวนการการมีส่วนร่วมของภาคส่วนต่าง ๆ และการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทยมีประสิทธิภาพสูงสุด

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทยมีดังนี้

(1) ข้อเสนอแนะทั่วไป

1. ภาครัฐควรตระหนักว่า นโยบายการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ตลอดจนกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้จะมีประสิทธิภาพได้จะต้องอยู่บนพื้นฐานที่ผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องในทุกภาคส่วน ตลอดจนผู้ที่ได้รับผลกระทบจะต้องมีส่วนร่วมในกระบวนการกำหนดนโยบายดังกล่าวอย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหา หรือข้อขัดข้องในการปฏิบัติตามกระบวนการดังกล่าวในภายหลัง

ภาครัฐ โดยเฉพาะหน่วยงาน หรือองค์กรที่กำหนดนโยบายควรตระหนักว่านโยบายดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดของมาตรการ วิธีการ และยุทธศาสตร์ในการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามนโยบายที่กำหนดไว้ ประการสำคัญนโยบายดังกล่าวควรคำนึงถึงความร่วมมือกับประเทศอื่นๆ ที่ใกล้เคียง หรืออยู่ในภูมิภาคเดียวกันซึ่งมีทรัพยากรพันธุกรรมเหมือน หรือคล้ายคลึงกัน

ผู้มีส่วนได้เสียที่ควรมีโอกาสเข้าร่วมพิจารณากำหนดนโยบายต่างๆ เกี่ยวกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ ได้แก่

- (1) หน่วยงานภาครัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบตามกฎหมายทั้งในระดับประเทศ ระดับภูมิภาค และระดับท้องถิ่น
- (2) องค์กร หรือหน่วยงานที่ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม
- (3) องค์กร หรือหน่วยงานที่เก็บรักษา และแจกจ่ายตัวอย่างทรัพยากรพันธุกรรม
- (4) ชนพื้นเมือง เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่น หรือตัวแทนของกลุ่มบุคคลดังกล่าวที่จะเป็นผู้ต้องจัดหาทรัพยากรพันธุกรรมเมื่อมีการอนุญาตให้เข้าถึง
- (5) องค์กรเอกชนที่เกี่ยวข้อง

2. ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหลายพึงต้องตระหนักว่า เมื่อประเทศไทยเปิดช่องให้มีการขออนุญาตเพื่อการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องจะต้องมีความพร้อมในการเจรจาเพื่อทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ เพื่อมิให้เกิดความล่าช้าในกระบวนการขอเข้าถึง และเนื่องจากนโยบายการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์จะกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องในหลายภาคส่วน ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องสร้างความเข้าใจร่วมกันระหว่างผู้เกี่ยวข้องเหล่านี้ เพื่อให้นโยบายดังกล่าวเกิดผลจริงจิงในทางปฏิบัติ

3. ภาครัฐควรส่งเสริมการมีส่วนร่วมในการพิจารณาและกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ โดยผู้เกี่ยวข้องทั้งหมด เนื่องจากการมีส่วนร่วมตั้งแต่ในระดับการกำหนดนโยบายจะทำให้บุคคลเหล่านี้ร่วมผลักดันเพื่อให้เกิดผลลัพธ์ตามที่กำหนดไว้

กระบวนการมีส่วนร่วมดังกล่าวอาจทำในหลายระดับ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการระดับชาติ หรือระดับท้องถิ่นหรือชุมชน เป็นต้น การกำหนดให้มีวิธีการขอคำปรึกษาจะทำให้ผู้ที่เกี่ยวข้องสามารถเข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องได้มากยิ่งขึ้น แต่ทั้งนี้การดำเนินการในลักษณะนี้ได้ต้องมีประสิทธิภาพภาครัฐจะต้องมีนโยบายที่ชัดเจน เผยแพร่นโยบาย และข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอย่างทั่วถึง ทั้งในรูปของการจัดการประชุมเชิงปฏิบัติการ หรือการสัมมนาทั้งในส่วนกลาง และส่วนภูมิภาค

การประชุมเพื่อหารือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างหน่วยงานภาครัฐกับเกษตรกร ชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นจะทำให้กระบวนการของแต่ละฝ่ายปรับเข้าหากัน ทำให้หาข้อยุติร่วมกันได้ง่ายและเป็นเอกภาพมากยิ่งขึ้น

4. ภาครัฐควรส่งเสริมให้องค์กร หรือศูนย์วิจัยของภาคอุตสาหกรรมเอกชนมีส่วนร่วม หรือแสดงความคิดเห็นต่อการกำหนดนโยบายการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ของประเทศไทยด้วยเช่นกัน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อจำกัดที่ไม่สมควรต่อการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมของภาคอุตสาหกรรม

นอกจากนี้องค์กร หรือศูนย์วิจัยของภาคอุตสาหกรรมเอกชนเหล่านี้ อาจให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์เกี่ยวกับระดับเทคโนโลยี ตลอดจนสาขาเทคโนโลยีที่ขาดแคลนของประเทศไทย ซึ่งอาจใช้เป็นข้อมูลของ

ภาครัฐในการเจรจากำหนดผลประโยชน์ในส่วนที่มีใช้ผลประโยชน์ที่เป็นเงิน เช่น การถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น

5. ภาครัฐควรให้เกษตรกร ชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ เนื่องจากเกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่นจะมีความรู้เป็นอย่างดีเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์จากความหลากหลายทางชีวภาพ หรือศักยภาพของทรัพยากรพันธุกรรม ความรู้ดังกล่าวจะช่วยหน่วยงานภาครัฐในการเจรจาแบ่งปันผลประโยชน์ หรือกำหนดมาตรการที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ในการทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

การมีส่วนร่วมดังกล่าวยังทำให้เกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่นมีส่วนในการแบ่งปันผลประโยชน์ เพราะเท่ากับยอมรับความสำคัญของเกษตรกร หรือชุมชนท้องถิ่น และรับรู้สิทธิของชุมชนท้องถิ่นเหนือทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่น

การส่งเสริมการมีส่วนร่วมของเกษตรกร ชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้จะช่วยยกระดับมาตรฐานการครองชีพของชุมชนดังกล่าว และยังสอดคล้องกับ วัตถุประสงค์ของ CBD ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอีกด้วย

6. เพื่อให้กระบวนการมีส่วนร่วมของเกษตรกร ชุมชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นมีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ภาครัฐจะต้องมีนโยบายที่ชัดเจน ให้การสนับสนุนด้านงบประมาณ หรือค่าใช้จ่ายต่างๆ รวมทั้งสนับสนุนการเพิ่มศักยภาพให้แก่เกษตรกร ชุมชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่น เช่น จัดสรรงบประมาณในการจัดกิจกรรม สัมมนา จัดหาบุคลากรผู้เชี่ยวชาญไปให้ความรู้แก่ชุมชน เป็นต้น

7. ภาครัฐควรสื่อสารผ่านหน่วยงาน หรือองค์กรระหว่างประเทศ เพื่อให้ผู้ประสงค์จะขอเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมในประเทศไทยทราบถึงนโยบาย หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในประเทศไทย เพื่อให้เกิดการรับรู้ร่วมกันในประชาคมระหว่างประเทศ ซึ่งจะทำให้เกิดการยอมรับและปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าวอย่างแท้จริง

8. การกำหนดให้การเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรมโดยต้องได้รับความยินยอมล่วงหน้า และทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ก่อน ตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 เป็นแนวทางที่ถูกต้อง แต่ภาครัฐควรเร่งรัดให้มีการออกกฎกระทรวง หรือระเบียบต่างๆ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในรายละเอียดต่างๆ โดยเร็ว เนื่องจากการไม่มีกฎหมายลำดับรองเหล่านี้ทำให้ยังไม่อาจบังคับใช้มาตรการต่างๆ ที่กำหนดในกฎหมายได้

9. ภาครัฐควรกำหนดเป็นนโยบายอย่างชัดเจนเกี่ยวกับการขอรับสิทธิทรัพย์สินทางปัญญาเหนือทรัพยากรพันธุกรรมที่ได้รับไปจากประเทศไทย โดยควรกำหนดให้ขอรับทรัพย์สินทางปัญญาได้เฉพาะผลิตภัณฑ์ที่ได้จากทรัพยากรพันธุกรรม และการใช้สิทธิจะต้องไม่กระทบต่อการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมในรูปแบบเดิม ทั้งนี้ควรกำหนดเป็นเงื่อนไขในคำขอรับสิทธิบัตรว่าผู้ยื่นคำขอต้องแสดงหลักฐานแสดงแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม การได้รับความยินยอมล่วงหน้า และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ การฝ่าฝืนไม่แสดงหลักฐานดังกล่าวเป็นเหตุให้เจ้าพนักงานมีสิทธิปฏิเสธคำขอได้

10. การจัดทำฐานข้อมูลทางพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นจะช่วยให้ชุมชนท้องถิ่นสามารถควบคุม และบริหารจัดการการเข้าถึง และแบ่งปันผลประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรม และภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนได้ดีขึ้น แต่ทั้งนี้จะต้องกำหนดมาตรการในการเข้าถึงฐานข้อมูลให้ดีขึ้นนั้นฐานข้อมูล

ดังกล่าวจะกลายเป็นช่องทางให้บุคคลอื่นเข้าถึง และใช้ประโยชน์จากฐานข้อมูลนั้นได้โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน เช่น การกำหนดให้ตรวจสอบได้เพียงหัวเรื่อง หรือหัวข้อหลักของทรัพยากรพันธกรรม หรือ ภูมิปัญญาท้องถิ่น ซึ่งวิธีนี้ยังอาจนำไปใช้กับการจัดทำฐานข้อมูลกรณีชนพื้นเมืองบางแห่งไม่ยินยอมเปิดเผยรายละเอียดของภูมิปัญญาท้องถิ่นของตนเองได้ด้วย

(2) ข้อเสนอแนะในการกำหนด “ผู้มีส่วนได้เสีย” ในกระบวนการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์

1. การกำหนดผู้มีส่วนได้เสียในกระบวนการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ควรดำเนินการด้วยความละเอียด รอบคอบ และระมัดระวังโดยไม่ควรจำกัดเฉพาะผู้ที่มีประโยชน์ในสัญญาแบ่งปันผลประโยชน์เท่านั้น แต่ควรรวมถึงบุคคล หรือกลุ่มบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการเข้าถึงทรัพยากรพันธกรรมด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรคำนึงถึงบุคคล หรือกลุ่มบุคคลด้อยโอกาส หรือไม่มีศักยภาพในการเข้าร่วมในกระบวนการ และในการกำหนดผู้มีส่วนได้เสียควรเริ่มต้นจากบุคคล หรือองค์กรตามกฎหมายที่เป็นตัวแทนของกลุ่ม หรือชุมชนที่เกี่ยวข้อง

2. หน่วยงาน หรือองค์กรของภาครัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับทรัพยากรพันธกรรมถือเป็นผู้เกี่ยวข้อง เช่น กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กรมป่าไม้ กรมประมง กระทรวงเกษตร กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี กระทรวงสาธารณสุข ซึ่งรวมทั้งหน่วยงานของรัฐในภูมิภาค หรือในท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เช่น หน่วยงานอุทยานแห่งชาติที่สามารถกำกับการสำรวจและเก็บตัวอย่างทรัพยากรพันธกรรมในระดับภาคสนาม กรมศุลกากรในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการส่งออกทรัพยากรพันธกรรม เป็นต้น

3. ผู้ใช้ทรัพยากรพันธกรรม (End-users) ที่เป็นบุคคลธรรมดา หรือองค์กร สถาบันทั้งในและนอกประเทศถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน โดยเฉพาะผู้ใช้ทรัพยากรพันธกรรมภายในประเทศเช่น ผู้นำพืชสมุนไพรมาแปรรูปเป็นผลิตภัณฑ์ต่างๆ เป็นต้น หน่วยงาน มหาวิทยาลัย สถาบันการศึกษา ศูนย์เก็บรักษาพันธกรรม หรือองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง หรือเป็นตัวกลางในการเก็บตัวอย่าง วิจัย หรือบริหารจัดการตัวอย่างทรัพยากรพันธกรรมก็ถือเป็นผู้มีส่วนได้เสียเช่นกัน

4. กรณีชุมชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นนั้นเนื่องจากมีความหลากหลายมาก ดังนั้นการกำหนดหรือแต่งตั้งผู้ที่จะเป็นตัวแทนของชุมชนดังกล่าวจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ และควรให้แต่ละชุมชนที่มีแนวคิด สภาพสังคมเศรษฐกิจที่แตกต่างกันมีตัวแทนของตนเองแยกกัน

5. องค์กรเอกชน (NGOs) หรือสถาบันวิจัยที่มีกิจกรรมเกี่ยวกับความหลากหลายทางชีวภาพจะสามารถให้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านได้เป็นอย่างดี และยังมีศักยภาพในการช่วยเหลือด้านเทคนิคแก่ตัวแทนชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นได้อีกด้วย

6. สิทธิในการปฏิเสธไม่อนุญาตให้เข้าถึงของชนพื้นเมือง หรือชุมชนท้องถิ่นที่อาศัยในพื้นที่ที่มีทรัพยากรพันธกรรมควรได้รับการรับรอง

(3) ข้อเสนอแนะองค์กรในการควบคุมการเข้าถึง

ภาครัฐควรกำหนดหน่วยงานในการพิจารณาคำขออนุญาตที่ชัดเจน หน่วยงานดังกล่าวต้องเผยแพร่ระเบียบวิธีพิจารณาคำขออนุญาต ขั้นตอน และระยะเวลาในการพิจารณาอย่างเปิดเผย

หน่วยงานพิจารณานั้นควรแยกเป็น 2 ระดับ คือระดับชาติ และระดับท้องถิ่น หน่วยงานในระดับชาติ ควรประกอบด้วยตัวแทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง นักวิชาการ องค์กรภาคเอกชน และผู้ทรงคุณวุฒิในสาขาต่าง ๆ หน้าที่หลักของหน่วยงานระดับชาตินี้ คือ การกำหนดหลักเกณฑ์ และนโยบายควบคุมการเข้าถึงและแบ่งปันผลประโยชน์ในระดับชาติ และพิจารณาทบทวนมติ หรือคำสั่งของหน่วยงานระดับท้องถิ่น

หน่วยงานระดับท้องถิ่นนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรเป็นคณะทำงานเฉพาะกิจ (Ad hoc working committee) เพื่อให้สามารถตั้งคณะทำงานได้หลากหลายขึ้นอยู่กับพื้นที่ หรือทรัพยากรพันธุกรรมพืชที่ขออนุญาตเข้าถึง ลักษณะเช่นนี้จะทำให้ตัวแทนของชุมชนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องมีโอกาสเข้าร่วมในการพิจารณาคำขออนุญาตได้อย่างทั่วถึง และใช้หน่วยงานเดียวในการพิจารณาคำขออนุญาต

(4) ข้อเสนอแนะมาตรการเสริมการควบคุมการเข้าถึง

การเปิดเผยแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรม และข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์ถือเป็นมาตรการเสริมที่สำคัญต่อการควบคุมการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม แม้ว่าข้อเสนอให้เปิดเผยดังกล่าวจะใช้กับการพิจารณาขอรับทรัพย์สินทางปัญญา (สิทธิบัตร) ซึ่งทำให้การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมโดยไม่ขอรับทรัพย์สินทางปัญญาไม่ถูกควบคุมโดยมาตรการดังกล่าว แต่ผู้วิจัยเห็นว่าแม้มาตรการนี้จะไม่ครอบคลุมการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชในทุกกรณี แต่ก็น่าจะครอบคลุมการใช้ประโยชน์ส่วนใหญ่ได้

อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า มาตรการเปิดเผยแหล่งที่มาฯ นี้แม้จะกำหนดในกฎหมายภายในแล้วก็ตาม ก็จะไม่อาจบังคับได้อย่างจริงจังและมีประสิทธิภาพ หากมาตรการนี้ไม่ได้รับการยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศ เนื่องจากผู้ใช้ และจดสิทธิบัตรในผลิตภัณฑ์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชมักจะเป็นบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่ และจดสิทธิบัตรในต่างประเทศ ทำให้เป็นภาระแก่ประเทศเจ้าของทรัพยากรพันธุกรรมที่ต้องดำเนินการเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว

ดังนั้นผู้วิจัยเห็นด้วยกับจุดยืน และข้อเสนอของประเทศไทยที่ให้แก้ไข TRIPS มาตรา 29bis เพื่อให้มาตรการดังกล่าวมีสภาพบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นเงื่อนไขของการให้สิทธิบัตร

ในส่วนของบริษัทนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า หากผู้ขอสิทธิบัตรไม่ยินยอมเปิดเผยข้อมูลให้ถือว่าผู้ขอละทิ้งคำขอ และในกรณีให้ข้อมูลอันเป็นเท็จ หากเป็นการกระทำโดยเจตนาให้มีผลเพิกถอนสิทธิบัตรนั้นเสีย แต่หากให้ข้อมูลผิดพลาดโดยสุจริต ให้สิทธิบัตรยังคงมีผลต่อไปแต่จะต้องมีมาตรการเยียวยาต่อผู้ได้รับผลกระทบจากการให้ข้อมูลที่ผิดพลาดนั้น เช่น แจกแหล่งที่มาของทรัพยากรพันธุกรรมไม่ครบถ้วน โดยผู้

ยื่นคำขอไม่ทราบ หรือมีชุมชนเปิดเผยว่ามีส่วนเกี่ยวข้องกับทรัพยากรพันธุกรรมนั้นภายหลังจากที่ได้ให้สิทธิบัตรแล้ว กรณีเช่นนี้ทำให้ชุมชนบางส่วนไม่ได้รับผลประโยชน์ ก็ต้องจัดแบ่งผลประโยชน์แก่ชุมชนดังกล่าวต่อไป

(5) ข้อเสนอแนะต่อการแบ่งปันผลประโยชน์

1. การกำหนดลักษณะของผลประโยชน์นั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรให้ความสำคัญกับผลประโยชน์ที่ไม่ใช่ผลประโยชน์ทางการเงิน (Non monetary benefit) มากกว่าผลประโยชน์ทางการเงิน (Monetary benefit) โดยผลประโยชน์ที่เป็นเงินควรกำหนดเป็นเงินค่าธรรมเนียมในขั้นแรก (Up-front fee) ในการเข้าสำรวจหรือเก็บตัวอย่าง และในระหว่างการสำรวจ เก็บตัวอย่าง ตลอดจนการวิจัยและพัฒนา นั้น ควรกำหนดส่วนแบ่งที่เป็นเงินเป็นจำนวนเพียงพอที่จะทำให้โครงการดำเนินต่อไปได้โดยไม่ติดขัด และเมื่อพัฒนาจนได้เป็นผลิตภัณฑ์จึงเรียกเก็บผลประโยชน์ในลักษณะค่าสิทธิตามสัดส่วนของรายได้จากการจำหน่าย วิธีการเช่นนี้จะทำให้ประเทศไทยมีรายได้เป็นระยะตลอดเวลาของโครงการ

อย่างไรก็ตามปัญหาสำคัญคือ จะกำหนดจำนวนผลประโยชน์ที่เหมาะสมเท่าไรจึงจะเหมาะสม ผู้วิจัยเห็นว่าไม่อาจกำหนดไว้ล่วงหน้าได้ แต่ควรเป็นการเจรจาต่อรองระหว่างผู้ขออนุญาตเข้าถึงกับหน่วยงานที่ให้คำอนุญาต ดังนั้นหน่วยงานที่เจรจาต่อรองผลประโยชน์ควรมีบุคลากรที่มีความสามารถหรือประสบการณ์ในการเจรจาต่อรอง

2. หน่วยงาน หรือองค์กรที่เป็นคู่สัญญาแบ่งปันผลประโยชน์ ผู้วิจัยเห็นว่าควรเป็นหน่วยงานของรัฐ เพราะสามารถตรวจสอบการปฏิบัติตามข้อตกลงของคู่สัญญาได้ดีกว่าการให้ชุมชนท้องถิ่นเป็นคู่สัญญา โดยเฉพาะกรณีที่ผู้ขออนุญาตเข้าถึงเป็นบริษัทต่างชาติ ชุมชนท้องถิ่นอาจมีปัญหาในการตรวจสอบว่าคู่สัญญาของตนปฏิบัติตามข้อตกลงหรือไม่

หน่วยงานของรัฐที่เป็นคู่สัญญาอาจทำข้อตกลงย่อยๆ กับชุมชนท้องถิ่นที่จะได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์อีกทอดหนึ่งก็ได้ เช่น กรณีของประเทศฟิลิปปินส์ The Strathclyde Institute of Drug Research (SIDR) ของ University of Strathclyde ในประเทศสกอตแลนด์ ทำสัญญากับ University of the South Pacific (USP) จากนั้น USP จะทำสัญญาย่อยเพื่อแบ่งปันผลประโยชน์ให้กับชนพื้นเมือง *tikina* ในเขตพื้นที่ Verata (USP- Verata Contract) อีกชั้นหนึ่ง กรณีเช่นนี้จะลดภาระของชุมชนท้องถิ่นในการติดตามตรวจสอบการปฏิบัติตามสัญญา

(6) ข้อเสนอแนะต่อแนวทางปฏิบัติ

1. ภาครัฐควรกำหนดให้หน่วยงาน หรือเจ้าหน้าที่ระดับสูงเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการตามนโยบาย เพื่อแสดงความจริงใจของภาครัฐที่จะผลักดันนโยบายดังกล่าวให้เป็นจริงในทางปฏิบัติ
2. ภาครัฐควรจัดตั้งกลไกในระดับภูมิภาค หรือระดับท้องถิ่น

3. การประชุมในระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้องกับกลุ่มต่างๆ ควรมีการถ่วงดุลระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ที่แตกต่างกัน และกระบวนการพิจารณาควรเป็นไปโดยโปร่งใส เปิดโอกาสให้แต่ละฝ่ายได้แสดงความคิดเห็น และมีสถานะที่ทัดเทียมกัน

ในการประชุมอาจมีความขัดแย้งจากกลุ่มผลประโยชน์ที่ต่างกัน เช่น ผู้ต้องการเข้าถึงทรัพยากรพันธุกรรม และผู้จัดหาทรัพยากรพันธุกรรม ดังนั้นผู้เป็นประธานจึงควรมีทักษะในการประนีประนอมผลประโยชน์ของฝ่ายต่างๆ และในกรณียังไม่อาจหาข้อยุติได้ การกำหนดให้มีมาตรการชั่วคราวจะเป็นประโยชน์ต่อผู้เกี่ยวข้องทุกฝ่าย

4. ภาครัฐควรจัดให้มีผู้เชี่ยวชาญในด้านต่างๆ เช่น ด้านเทคนิค ด้านการเงิน หรือด้านธุรกิจ เป็นต้น เพื่อให้คำปรึกษา หรือสนับสนุนการเจรจาเพื่อจัดทำข้อตกลงแบ่งปันผลประโยชน์

6. ความลงท้าย

ผู้วิจัยเห็นว่า มโนทัศน์เกี่ยวกับทรัพยากรพันธุกรรมพืชยังมีความสับสนในสังคมไทย โดยส่วนใหญ่จะมอง และเข้าใจทรัพยากรพันธุกรรมพืชในฐานะสิ่งของ เป็นวัตถุที่สามารถครอบครองหวงกันได้อย่างทรัพย์สินทั่วไป และเปลี่ยนเป็นสินค้าเพื่อการพาณิชย์ได้

อย่างไรก็ดี ในประเทศไทยซึ่งเป็นสังคมเกษตร เกษตรกรได้ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรพันธุกรรมพืชมาอย่างยาวนาน และเกษตรกรในหลายชั่วอายุคนมีส่วนอย่างสำคัญต่อการพัฒนา และอนุรักษ์ทรัพยากรพันธุกรรมพืช เกษตรกรของไทยทั้งในอดีตและปัจจุบันไม่ได้ยึดถือทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นเพียงสินค้าที่แลกเปลี่ยนในเชิงพาณิชย์เท่านั้น แต่ถือว่าทรัพยากรพันธุกรรมพืชเป็นส่วนหนึ่งของวิถีชีวิต เมล็ดพันธุ์พืชถือเป็นปัจจัยแห่งการดำรงชีวิต และการสืบต่อระหว่างชนรุ่นหนึ่งสู่ชนอีกรุ่นหนึ่ง การกระทำใดๆ ก็ตามที่กระทบต่อการใช้ทรัพยากรพันธุกรรมพืชย่อมกระทบต่อวิถีการดำรงชีวิตของเกษตรกร ตลอดจนจารีตประเพณีที่สืบทอดกันมา ดังนั้นการกำหนดนโยบายใดๆ ของภาครัฐต่อทรัพยากรพันธุกรรมพืชจึงคำนึงถึงมิติที่หลากหลายของทรัพยากรพันธุกรรมพืชในสังคมไทย มิฉะนั้นแล้ว ฐานทรัพยากรพันธุกรรมที่อุดมสมบูรณ์ของไทยจะเสื่อมสลายไป และท้ายที่สุดชุมชนเกษตรกรย่อมไม่อาจอยู่รอดต่อไปได้.

รายงานการศึกษานับสมบูรณ์

การศึกษาผลกระทบของข้อตกลงเขตการค้าเสรี
ในประเด็นสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

โดย

ดร.เจษฎ์ โทณะวณิก

บทคัดย่อ

การศึกษาผลกระทบของข้อตกลงเขตการค้าเสรีในประเด็นสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

ผลกระทบของข้อตกลงเขตการค้าเสรีในประเด็นต่าง ๆ นั้นไม่สามารถที่จะพิจารณาจากเนื้อหาของข้อตกลงเช่นว่านั้นแต่ประการเดียวได้ หากแต่ต้องย้อนไปถึงที่มาของสารัตถะในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต ซึ่งเป็นหัวข้อที่ก่อให้เกิดการถกเถียงกันอย่างกว้างขวาง นับ ตั้งแต่ก่อนการก่อกำเนิดขององค์การการค้าโลก จนกระทั่งเรามีกฎการค้าโลก และทุกวันนี้ที่หลายประเทศพยายามจะไม่ใช้องค์การค้าโลกในการเจรจาการค้า ซึ่งในส่วนของสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตนั้น หากมองอย่างรอบด้านแล้วเราอาจจะพบว่าระบบการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เรามีอยู่ในปัจจุบัน น่าจะไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้กับการคุ้มครองสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งพืช และ สัตว์ ซึ่งไม่เพียงแต่สิทธิบัตรเท่านั้นที่ไม่สมควรนำมาใช้ในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิต แต่รวมถึงลิขสิทธิ์ หรือ แม้กระทั่งความลับทางการค้า และไม่เพียงแต่ในประเทศไทยเท่านั้น หากแต่เป็นโดยรวมสำหรับทุกประเทศ ไม่เว้นแม้กระทั่งสหรัฐอเมริกา

Abstract

Study on Impact of Free Trade Agreement Focusing on Life Form Patent

The impact of Free Trade Agreement (FTA) on various aspects may not be considered only from the contexts or provisions of the Agreement itself. In order to have good understanding of FTA, we must walk back to the substantial history of each item of the Agreement, specifically the issue on life form patent, which is one of the most controversial matters of any agreement prior to the advent of World Trade Organization (WTO), until we have WTO, and currently that many states are trying to avoid using WTO as a trade negotiating panel. In respect of patent, a thorough look at the system may provide us the finding that patent as well as other existing intellectual property right protections are not appropriate to be used as a defending tool for life forms. Not only that this applies to Thailand, but also all countries with no exception to the United States of America.

การศึกษาผลกระทบของข้อตกลงเขตการค้าเสรี ในประเด็นสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

ดร.เจษฎา โทณะวณิก*

1. ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางด้านการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม

1.1 ข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา

เรื่อง การขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรไปยังสิ่งมีชีวิตทุกประเภท

ก่อนที่เราจะทำการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางด้านการค้า และมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมในมุมมองของสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตนั้น เราจะต้องศึกษาถึงสาระสำคัญของสิ่งที่เราเรียกว่าสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต โดยเชื่อมโยงกับข้อเสนอที่เกิดขึ้นล่าสุดจากคู่เจรจาข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement – FTA) ของประเทศไทยเรา ซึ่งในที่นี้คงจะเน้นไปที่ประเทศสหรัฐอเมริกา เนื่องจากข้อเสนอดังกล่าวอาจจะมีผลกระทบในทางลบต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศ หรือแม้กระทั่งความสามารถในการดำรงคงอยู่อย่างสงบสุขของผู้คนในชาติ ข้อเสนอที่ว่านี้อาจจะเป็นอีกบริบทหนึ่งของการกีดกันทางการค้าโดยมาตรการที่ไม่ใช่มาตรการทางการค้า (Non Trade Barrier – NTB) ที่ฟังดูแล้วอาจจะรู้สึกสับสน แต่จุดรวมยอดของ NTB ก็คือ การเคลื่อนออกจากการค้าเข้าสู่การกีดกันโดยอาศัยกฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือกฎหมาย ที่เรียกกันว่าเป็นการกีดกัน หรือการแข่งขันโดยกฎเกณฑ์ (regulatory competition) ซึ่งประเด็นหลักที่เราจะนำมาวิเคราะห์กันคือ เรื่องที่ว่าข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ที่เกี่ยวกับสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตนั้นมีสาระและนัยสำคัญอย่างไร และแตกต่างไปจากกฎหมายของไทยในปัจจุบันอย่างไร รวมถึงว่าสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตตามข้อเสนอนั้นจะส่งผลกระทบต่อประเทศชาติ และประชาชนของเราอย่างไรบ้าง

ในโลกยุคปัจจุบันนั้นสิ่งที่เรียกหาโดยรวมกันว่า “ทรัพย์สินทางปัญญา” นั้นถือว่าเป็นสิ่งที่ค้ำชูผู้คนเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ลิขสิทธิ์” “สิทธิบัตร” และ “เครื่องหมายการค้า” แต่ตัวที่ประเทศกำลังพัฒนา (Developing Countries – DCs) ทั้งหลายรู้สึกว่าเป็นแรงกดดันที่หนักหน่วง และบริหารจัดการได้ยากยิ่งกว่าตัวอื่นๆ เห็นจะเป็นสิทธิบัตร ที่ว่ากันโดยทั่วไปแล้วคือ ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา (Protection of Intellectual Property Rights – PIPRs) ที่ให้แก่การประดิษฐ์ ซึ่งหมายถึงการคิดค้น หรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี ซึ่งความคุ้มครองตามนิยามที่ว่าไปนั้นปรากฏอยู่ใน พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 แก้ไขปรับปรุง 2542 ของไทย โดย “วัตถุแห่งสิทธิ” (subject matters) หรือสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองนั้นถูกกำหนดไว้ในลักษณะเชิงนิเสธ (negative approach) นั่นคือไม่ได้กำหนดว่าจะ

* คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสยาม

ให้ความคุ้มครองแก่อะไรบ้าง แต่เป็นการกำหนดสิ่งที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตร โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 9 ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรฉบับปัจจุบัน

เนื้อหาของมาตรา 9 นั้นแสดงให้เห็นถึงสิ่งที่ พ.ร.บ. สิทธิบัตรของประเทศไทยไม่ประสงค์จะให้ความคุ้มครองได้แก่ (1) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช (2) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์ (3) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์ (4) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมนุษย์ หรือสัตว์ และ (5) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน ทั้งนี้เมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้วข้อยกเว้นการคุ้มครองที่จะเกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิต และเนื้อหาของการศึกษาที่มากที่สุดจะอยู่ในอนุมาตรา (1) และ (5) เป็นหลัก

เมื่อมาตรา 9 ถูกบัญญัติในลักษณะดังกล่าวผนวกกับนิยามคำว่า "การประดิษฐ์" และ "กรรมวิธี" ที่ปรากฏอยู่ในมาตรา 3 โดย "การประดิษฐ์" หมายความว่า การคิดค้นหรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธีใดชิ้นใหม่ หรือการกระทำใดๆ ที่ทำให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์หรือกรรมวิธี และ "กรรมวิธี" หมายความว่า วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการเก็บรักษาให้คงสภาพ หรือให้มีคุณภาพดีขึ้นหรือการปรับสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ และรวมถึงการใช้กรรมวิธีนั้นๆ ด้วย จึงส่งผลให้การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรไทยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีชีวภาพ หรือเฉพาะเจาะจงกว่านั้นคือสิ่งมีชีวิต ได้แก่ การคิดค้น หรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งจุลชีพที่ไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ และวิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการทำให้คุณภาพดีขึ้น หรือการปรับสภาพให้ดีขึ้นซึ่งจุลชีพ พืช หรือสัตว์ หรือการใช้กรรมวิธีต่างๆ ที่เกี่ยวกับจุลชีพ พืช หรือสัตว์ด้วย

ถึงแม้ว่าจุลชีพที่มีอยู่ตามธรรมชาติ พืช หรือสัตว์จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร รวมไปถึงส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสัตว์ก็เช่นเดียวกัน แต่ในด้านการตีความส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสัตว์นั้นเป็นที่ยอมรับในหน่วยงานภาครัฐ โดยเฉพาะกรมทรัพย์สินทางปัญญาของไทยว่าไม่รวมถึงเซลล์ ยีน หรือสารพันธุกรรม เนื่องจากหน่วยงานดังกล่าวมองว่าเซลล์ และยีนนั้นเป็นจุลชีพ เพราะขนาดเล็กถึง ไมโคร (Micro หรือ 10^{-6} เมตร) ส่วนสารพันธุกรรมนั้นมีลักษณะเป็นกรดที่เรียกว่ากรดนิวคลีอิก (nucleic acid) จึงถือเป็นสารเคมี ทั้งนี้โดยลักษณะการตีความดังกล่าวจึงถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ได้รับ ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร

เมื่อเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่าเซลล์ ยีน โครงสร้างของสารพันธุกรรม (DNA construct) โมเลกุลเครื่องหมาย (Molecular markers) พาหะ (Vector) โมเลกุลของกรดนิวคลีอิก (Isolated nucleic acid molecule) ตัวกำหนดแสดงลำดับ (Expressed Sequence Tag – EST) ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถือว่าเป็นส่วนใดส่วนหนึ่งของพืช หรือสัตว์ จึงถือเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่สามารถนำมายื่นขอจดสิทธิบัตร หรือเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร นั่นเอง

ในส่วนของพืชนั้นนอกจากการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรแล้วยังมีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชเข้ามาเกี่ยวข้องอีกด้วย โดย พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 นั้นให้การคุ้มครองแก่พืชใน 4 ประเภทด้วยกันคือพันธุ์พืชใหม่ พันธุ์พืชพื้นเมืองเฉพาะถิ่น พันธุ์พืชพื้นเมืองทั่วไป และพันธุ์พืชป่า ทั้งนี้ตาม พ.ร.บ. ดังกล่าว "พืช" หมายถึง สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรพืช และให้หมายความรวมถึงเห็ด และ

สำหรับแต่ไม่รวมถึง จุลชีพอื่น

ส่วน “พันธุ์พืช” นั้นหมายความว่า กลุ่มของพืชที่มีพันธุกรรมและลักษณะทางพฤกษศาสตร์เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มีคุณสมบัติเฉพาะตัวที่สม่ำเสมอ คงตัว และแตกต่างจากกลุ่มอื่นในพืชชนิดเดียวกัน และให้หมายความรวมถึงต้นพืชที่จะขยายพันธุ์ให้ได้กลุ่มของพืชที่มีคุณสมบัติดังกล่าวข้างต้นด้วย จึงถือได้ว่า พ.ร.บ.คุ้มครองพันธุ์พืช เป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาแก่สิ่งมีชีวิตที่จะต้องนำมาพิจารณาประกอบกับการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตด้วย โดยเฉพาะในส่วนของพันธุ์พืช ตัดแต่งพันธุกรรม

“พันธุ์พืช” ตัดแต่งพันธุกรรมนั้น ถ้าหากพิจารณาในรายละเอียดของการตีความแล้วย่อมจะแตกต่างจาก “พืช” ตัดแต่งพันธุกรรม เนื่องจากพืชตัดแต่งพันธุกรรมจะเป็นเพียงสิ่งมีชีวิตในอาณาจักรพืชที่ได้รับการตัดแต่งพันธุกรรม ส่วนพันธุ์พืชตัดแต่งพันธุกรรมนั้นจะต้องเป็นกลุ่มของพืชที่มีพันธุกรรมและลักษณะทางพฤกษศาสตร์เหมือนหรือคล้ายคลึงกัน มีคุณสมบัติเฉพาะตัวที่สม่ำเสมอ คงตัว และแตกต่างจากกลุ่มอื่นในพืชชนิดเดียวกัน และเป็นกลุ่มของพืชที่ได้รับการตัดแต่งพันธุกรรมด้วย

เมื่อเป็นเช่นนี้ก็เท่ากับว่าในส่วนของสิ่งมีชีวิตที่เป็นจุลชีพที่ไม่ได้อยู่ตามธรรมชาติ รวมถึงกรรมวิธีหรือเทคนิคทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ พืช หรือสัตว์ รวมถึงเซลล์ ยีน สารพันธุกรรม หรือสิ่งต่างๆ ที่มีลักษณะเช่นเดียวกันดังที่ได้กล่าวมาแล้ว เช่น กรรมวิธีการตัดแต่งพันธุกรรม หรือเทคนิคเกี่ยวกับการทำ สิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรม ก็จะได้รับ ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร และในส่วนของพันธุ์พืช รวมถึงพันธุ์พืชที่เป็นสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมก็จะมีกฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชที่ให้การคุ้มครองอยู่

ข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ โดยรวมที่จะสามารถนำมาเทียบเคียงกับบทบัญญัติของ พ.ร.บ.สิทธิบัตรของไทย ในข้อที่ 1 กำหนดให้แต่ละภาคีอาจจะยกเว้นจากการให้ความคุ้มครองโดยสิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ที่การป้องกันไม่ให้มีการใช้ในทางการค้าภายในอาณาเขตของประเทศตนนั้นถือเป็นความจำเป็นเพื่อปกป้องความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี รวมถึงชีวิตมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือสุขอนามัย หรือเพื่อหลีกเลี่ยง สิ่งที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้ ทั้งนี้ ข้อยกเว้นดังกล่าวจะต้องไม่ถูกกำหนดขึ้นเพียงเพราะการใช้นั้นเป็นสิ่งต้องห้ามตามกฎหมายเท่านั้น¹

1 IPR text proposed by US to Thailand (2006)

US proposal on 'patents' and on 'measures related to certain regulated products' for negotiation with Thailand under the IPR chapter of the current US-Thailand FTA talks.

Patents

1. Each Party may only exclude from patentability inventions, the prevention within its territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect ordre public or morality, including to protect human, animal, or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by law.

2. Each Party shall make patents available for the following inventions:

ส่วนในข้อ 2 กำหนดให้แต่ละภาคีต้องจัดให้มีสิทธิบัตรแก่สิ่งประดิษฐ์ดังต่อไปนี้คือ

(ก) พืช และสัตว์ทั้งหลาย และ

(ข) กระบวนการในการตรวจวินิจฉัย การรักษา และการผ่าตัดเพื่อการบำบัดโรคในคน และสัตว์ทั้งหลาย²

โดยรวมจะเห็นได้ว่าเมื่อเทียบกับ พ.ร.บ. สิทธิบัตร ที่ได้กล่าวไปแล้ว³ สิ่งที่สหรัฐฯ เรียกร้องเพิ่มเติมที่แตกต่างไปจากกฎหมายของไทยคือ การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช และสัตว์ทั้งหลาย และกระบวนการในการตรวจวินิจฉัย การรักษา และการผ่าตัดเพื่อการบำบัดโรคในคน และสัตว์ทั้งหลาย ซึ่งในการศึกษานี้จะได้พิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช และสัตว์ทั้งหลายเท่านั้น

ข้อเสนอของสหรัฐฯ เป็นสิ่งที่ก้าวไปมากกว่ามาตรา 9 ประกอบมาตรา 3 ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตรของไทยค่อนข้างมาก เนื่องจากวัตถุประสงค์ที่ได้อธิบายไว้ข้างต้นว่า ได้แก่ การคิดค้น หรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งจุลชีพที่ไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งรวมไปถึงเซลล์, ยีน, โครงสร้างของสารพันธุกรรม, โมเลกุลเครื่องหมาย, พาหะ, โมเลกุลของกรดนิวคลีอิก, ตัวกำหนดแสดงลำดับ (EST), และวิธีการกระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการทำให้คุณภาพดีขึ้น หรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งจุลชีพ พืช หรือสัตว์ หรือการใช้กรรมวิธีต่างๆ ที่เกี่ยวกับจุลชีพ พืช หรือสัตว์ด้วยจะกลายเป็นสิ่งที่แคบกว่าข้อเสนอที่ปรากฏในรอบที่ 1 เป็นอย่างมาก

การให้ความคุ้มครองที่สหรัฐฯ เสนอนั้นจะครอบคลุมถึงตัวพืช ซึ่งหากนานิยามตาม พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช ของไทยมาประกอบจะพบว่าหมายถึง สิ่งมีชีวิตในอาณาจักรพืชทั้งหมด ยกเว้นจุลชีพที่ไม่ใช่เห็ด และสาหร่าย และรวมถึงสัตว์ ซึ่งโดยทั่วไปย่อมหมายถึงสิ่งมีชีวิตในอาณาจักรสัตว์ (Animal

- (a) plants and animals, and
- (b) diagnostic, therapeutic, and surgical procedures for the treatment of humans or animals.

In addition, the Parties confirm that patents shall be available for any new uses or methods of using a known product.

² ดูเชิงอรรถที่ 1

³ ดูเชิงอรรถที่ 1 เพื่อเปรียบเทียบกับคำแปล พ.ร.บ. สิทธิบัตร มาตรา 9 เป็นภาษาอังกฤษ

Section 9 The following inventions are not protected under this Act:

- (1) naturally occurring microorganisms and their components, animals, plants or extracts from animals or plants;
- (2) scientific or mathematical rules or theories;
- (3) computer programs;
- (4) methods of diagnosis, treatment or cure of human and animal diseases;
- (5) inventions contrary to public order, morality, health or welfare.

Kingdom) ที่ประกอบไปด้วย 9 ไฟลัม (Phylum) ยกเว้นมนุษย์ ซึ่งเท่ากับการคุ้มครองสิทธิบัตรจะเปิดให้กับ การคิดค้น หรือคิดทำขึ้น อันเป็นผลให้ได้มาซึ่งพืช และสัตว์ที่มีความใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรมได้ (พิจารณามาตรา 9 ประกอบมาตรา 5 ถึง มาตรา 8 ของ พ.ร.บ. สิทธิบัตร)⁴ ยกตัวอย่างเช่น พืช และสัตว์ตัดแต่งพันธุกรรมทั้งหลายก็จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรทั้งหมด ซึ่งเราจะได้พิจารณาผลกระทบจากการขยายความคุ้มครองดังว่านี้ในหัวข้อ 2.1.3 ต่อไป

⁴ มาตรา ๕ ภายใต้บังคับมาตรา ๙ การประดิษฐ์ที่ขอรับสิทธิบัตรได้ต้องประกอบ ด้วยลักษณะดังต่อไปนี้

- (๑) เป็นการประดิษฐ์ขึ้นใหม่
- (๒) เป็นการประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น และ
- (๓) เป็นการประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม

มาตรา ๖ การประดิษฐ์ขึ้นใหม่ ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นงานที่ปรากฏอยู่แล้ว

งานที่ปรากฏอยู่แล้ว ให้หมายความถึงการประดิษฐ์ ดังต่อไปนี้ด้วย

- (๑) การประดิษฐ์ที่มีหรือใช้แพร่หลายอยู่แล้วในราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร
- (๒) การประดิษฐ์ที่ได้มีการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดในเอกสาร หรือสิ่งพิมพ์ที่ได้เผยแพร่อยู่แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร และ ไม่ว่าการเปิดเผยนั้นจะกระทำโดยเอกสาร สิ่งพิมพ์ การนำออกแสดง หรือการเปิดเผยต่อสาธารณชนด้วยประการใดๆ
- (๓) การประดิษฐ์ที่ได้รับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรแล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักรก่อนวันขอรับสิทธิบัตร
- (๔) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วนอกราชอาณาจักรเป็นเวลาเกินสิบแปดเดือน ก่อนวันขอรับสิทธิบัตรแต่ยังมิได้มีการออกสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรให้
- (๕) การประดิษฐ์ที่มีผู้ขอรับสิทธิบัตรหรืออนุสิทธิบัตรไว้แล้วไม่ว่าในหรือนอกราชอาณาจักร และได้ประกาศโฆษณาแล้วก่อนวันขอรับสิทธิบัตรในราชอาณาจักร

การเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดที่เกิดขึ้นหรือเป็นผลมาจากการ กระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดโดยผู้ประดิษฐ์ รวมทั้งการแสดงผลงานของผู้ประดิษฐ์ในงานแสดงสินค้าระหว่างประเทศ หรือในงานแสดงต่อสาธารณชนของทางราชการและการเปิดเผยสาระสำคัญหรือรายละเอียดดังกล่าวได้กระทำภายในสิบสองเดือน ก่อนที่จะมีการขอรับสิทธิบัตร มิให้ถือว่าเป็นการเปิดเผยสาระ สำคัญหรือรายละเอียดตาม (๒)

มาตรา ๗ การประดิษฐ์ที่มีขั้นการประดิษฐ์สูงขึ้น ได้แก่ การประดิษฐ์ที่ไม่เป็นที่ประจักษ์โดยง่ายแก่บุคคลที่มีความชำนาญในระดับสามัญสำหรับงานประเภทนั้น

มาตรา ๘ การประดิษฐ์ที่สามารถประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม ได้แก่ การ ประดิษฐ์ที่สามารถนำไปใช้ประโยชน์ในการผลิตทางอุตสาหกรรม รวมทั้งหัตถกรรม เกษตรกรรม และพาณิชยกรรม

มาตรา ๙ การประดิษฐ์ดังต่อไปนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติ

- (๑) จุลชีพและส่วนประกอบส่วนใดส่วนหนึ่งของจุลชีพที่มีอยู่ตาม ธรรมชาติ สัตว์ พืช หรือสารสกัดจากสัตว์หรือพืช
- (๒) กฎเกณฑ์และทฤษฎีทางวิทยาศาสตร์และคณิตศาสตร์
- (๓) ระบบข้อมูลสำหรับการทำงานของเครื่องคอมพิวเตอร์
- (๔) วิธีการวินิจฉัย บำบัด หรือรักษาโรคมมนุษย์ หรือสัตว์
- (๕) การประดิษฐ์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี อนามัยหรือสวัสดิภาพของประชาชน

1.2 การขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรเปรียบเทียบกับข้อตกลง

ระหว่างประเทศภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก

ข้อตกลงระหว่างประเทศภายใต้กรอบองค์การการค้าโลก (World Trade Organization – WTO) ที่มุ่งให้ความคุ้มครองแก่สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นคือ ข้อตกลงว่าด้วยประเด็นทางการค้าอันเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินทางปัญญา (The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS) ซึ่งบัญญัติถึงการคุ้มครองทั้งลิขสิทธิ์และสิทธิข้างเคียง เครื่องหมายการค้า การออกแบบทางอุตสาหกรรม สิทธิบัตร สิ่งบ่งชี้ทางภูมิศาสตร์ การออกแบบผังภูมิวงจรรวม ความลับทางการค้า และการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม โดยการคุ้มครองสิทธิบัตรนั้นปรากฏอยู่ในหมวดที่ 5 ตั้งแต่มาตรา 27 ถึงมาตรา 34 ซึ่งเนื้อหาอันเป็นประเด็นของการศึกษาอยู่ในวรรค 1 ถึงวรรค 3 ของมาตรา 27

มาตรา 27 ของข้อตกลงทริปส์กำหนดให้ภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีในเทคโนโลยีทุกด้าน หากว่าสิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ แต่ทั้งนี้ได้กำหนดให้ภาคีสมาชิกบัญญัติถึงเงื่อนไขการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่เข้าเกณฑ์ตามมาตรา 27.2 คือ สิ่งประดิษฐ์ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบในทางลบต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดี รวมถึงชีวิตมนุษย์ สัตว์ หรือพืช หรือสุขอนามัย หรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้⁵

⁵ The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property (TRIPS)

SECTION 5: PATENTS

Article 27

Patentable Subject Matter

1. Subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, patents shall be available for any inventions, whether products or processes, in all fields of technology, provided that they are new, involve an inventive step and are capable of industrial application.⁵ Subject to paragraph 4 of Article 65, paragraph 8 of Article 70 and paragraph 3 of this Article, patents shall be available and patent rights enjoyable without discrimination as to the place of invention, the field of technology and whether products are imported or locally produced.
2. Members may exclude from patentability inventions, the prevention within their territory of the commercial exploitation of which is necessary to protect *ordre public* or morality, including to protect human, animal or plant life or health or to avoid serious prejudice to the environment, provided that such exclusion is not made merely because the exploitation is prohibited by their law.
3. Members may also exclude from patentability:
 - (a) diagnostic, therapeutic and surgical methods for the treatment of humans or animals;
 - (b) plants and animals other than micro-organisms, and essentially biological processes for the production of plants or animals other than non-biological and microbiological processes. However, Members shall provide for the protection of plant varieties either by patents or by an effective *sui generis* system or by any combination thereof. The provisions of this subparagraph shall be reviewed four years after the date of entry into force of the WTO Agreement.

ภายใต้ข้อตกลงทริปส์นั้นภาคีสมาชิกยังสามารถงดเว้นการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ที่ระบุไว้ในมาตรา 27.3 (a) คือ วิธีการในการตรวจวินิจฉัย รักษา หรือ ผ่าตัดเพื่อการบำบัดมนุษย์ หรือสัตว์ และมาตรา 27.3 (b) คือ พืช และสัตว์ ที่ไม่ใช่จุลชีพ และกรรมวิธีที่จำเป็นทางชีววิทยาสำหรับการผลิตพืช หรือสัตว์ นอกเหนือจากกรรมวิธีที่ไม่ใช่ชีววิทยา และจุลชีววิทยา โดยมาตรา 27.3 (b) กำหนดไว้ตอนท้ายว่าอย่างไรก็ตามภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าจะโดยระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) หรือโดยทั้งสองระบบร่วมกัน ซึ่งในส่วนของประเทศไทยนั้นได้มีการตรา พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ขึ้นมาเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ดังนั้นเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของ พ.ร.บ. สิทธิบัตร และ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืชของไทยร่วมกันจะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยนั้นมีความสอดคล้องกับ ข้อตกลงทริปส์แทบจะในทุกประเด็น

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาข้อเสนอของสหรัฐอเมริกาที่ได้กล่าวถึงในหัวข้อ 2.1.1 จะพบว่า ข้อเสนอ ดังกล่าวนั้นไม่ได้เป็นสิ่งที่กว้าง และครอบคลุมวัตถุแห่งสิทธิมากกว่าที่ข้อตกลงทริปส์ได้บัญญัติให้ประเทศภาคีสมาชิกสามารถกำหนดไว้ในกฎหมายของตนได้ เนื่องจากข้อตกลงทริปส์ระบุไว้ในมาตรา 27.1 ให้ภาคีสมาชิกให้ความคุ้มครองแก่สิ่งประดิษฐ์ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ หรือกรรมวิธีในเทคโนโลยีทุกด้าน หากว่า สิ่งนั้นเป็นสิ่งที่ใหม่ มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น และสามารถนำมาประยุกต์ใช้ในทางอุตสาหกรรมได้ โดยที่มาตรา 27.2 และมาตรา 27.3 นั้นเป็นเพียงข้อยกเว้นที่อนุญาตให้นำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายของแต่ละภาคีสมาชิกได้ โดยไม่ถือว่าเป็นการละเมิดพันธกรณีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 27.1

การที่สหรัฐฯ เรียกร้องให้ประเทศไทยขยายความคุ้มครองไปสู่สิ่งมีชีวิตทุกรูปแบบ ซึ่งหมายถึงการขยายความคุ้มครองจากจุลชีพ ไปสู่พืช และสัตว์จึงอาจจะกล่าวได้ว่าเป็นสิ่งที่ข้อตกลงทริปส์มีนัยยะที่มุ่งประสงค์จะให้เป็นที่ปดบังนอญแล้ว ที่เป้นเช่นนี้เพราะมาตรา 27.1 นั้นเป้นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยความต้องการของสหรัฐฯ แต่มาตรา 27.2 และ 27.3 เป้นข้อต่อรองที่สหภาพยุโรปเป้นผู้เพิ่มเติมเข้าไปให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญาสิทธิบัตรยุโรป (The European Patent Convention – EPC) ในมาตรา 53 นั้นเอง⁶

⁶ Article 53 of European Patent Convention

Exceptions to patentability

European patents shall not be granted in respect of:

(a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to "ordre public" or morality, provided that the exploitation shall not be deemed to be so contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;

(b) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.

สำหรับประเทศไทยข้อเรียกร้องที่ไม่ถือเป็นการละเมิดพันธกรณีตามข้อตกลงทริปส์นั้นถือได้ว่าเป็นสิ่งที่ทำให้ประชาชนโดยรวมของประเทศอยู่ในฐานะเสียเปรียบ เพราะการที่สหรัฐฯ เรียกร้องให้มีความคุ้มครองที่ขยายไปมากกว่าที่กฎหมายไทยเป็นอยู่ หรืออีกมุมหนึ่งคือ ตามที่ข้อตกลงทริปส์ได้อนุญาตให้ภาคีสมาชิกสามารถทำได้จะทำให้โลกแห่งเทคโนโลยีชีวภาพที่มีความก้าวหน้าอย่างมากในกลุ่มประเทศอุตสาหกรรม (Industrialized Countries – IDCs) โดยเฉพาะในสหรัฐฯ ตกอยู่ภายใต้อาณาจักรของสิทธิบัตรทั้งหมด ซึ่งประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่ต่างเห็นว่าเป็นสิ่งที่ทำให้ตนเองเสียเปรียบ จึงล้วนแล้วแต่เลือกเส้นทางเดียวกับประเทศไทยตั้งแต่แรกภายใต้กรอบของข้อตกลงทริปส์ เนื่องจากเห็นว่าจะเป็นประโยชน์กับประเทศตนมากกว่า ซึ่งในหัวข้อ 2.1.3 ของการศึกษานี้จะได้วิเคราะห์ในประเด็นนี้ต่อไป

1.3 ผลต่อการสร้างมาตรการกีดกันทางการค้าจากการขยายการคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต

เมื่อพิจารณาแนวโน้มของสิ่งประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ ซึ่งโดยทั่วไปจะเกี่ยวข้องกับ การคิดค้น หรือคิดทำขึ้นซึ่งสิ่งมีชีวิตรูปแบบใหม่ หรือที่เราเรียกกันว่า สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม (Genetic Modified Organisms – GMOs) อันเป็นสิ่งที่ระบบสิทธิบัตรในประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความคุ้มครองอย่างแพร่หลาย และในสหภาพยุโรปก็กำลังขยับตามอย่างรวดเร็ว ซึ่งในส่วนของประเทศไทยในปัจจุบันนี้สิ่งที่บริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพ โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติทั้งหลายมองว่าเป็นปัญหาอยู่ที่มาตรการที่ยังไม่อนุญาตให้มีการปลูกเลี้ยงพืช หรือสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรมในสภาพเปิด หรือในทางการค้า และการไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช และสัตว์ ดังนั้นถ้ามีการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่สิ่งมีชีวิตทุกประเภท รวมทั้งพืช และสัตว์ สิ่งที่จะตามมาอีกคงจะเป็นการอนุญาตให้ใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในเชิงการค้า เช่น การปลูกพืชแปลงพันธุ์ (Transgenic Plants) ในเชิงพาณิชย์ หรือการเลี้ยงสัตว์แปลงพันธุ์ (Transgenic Animals) ในระดับอุตสาหกรรม ซึ่งมีแนวโน้มจะสร้างความเสียเปรียบให้กับเกษตรกร และผู้ประกอบการไทยเป็นอย่างมาก

หากกฎหมายสิทธิบัตรไทยเปิดให้นำเอาสิ่งประดิษฐ์ที่เป็นพืช และสัตว์มาขอรับการคุ้มครอง และมีการอนุญาตให้ใช้ หรือปลูกเลี้ยงสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมในเชิงการค้าก็ทำให้มีแนวโน้มที่ผู้เป็นเจ้าของพืช หรือสัตว์ที่เป็นผลมาจากเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่เข้ามาจำหน่ายเป็นจำนวนมาก โดยอาศัยระบบสิทธิบัตรเป็นตัวขับเคลื่อนการค้า และกีดกันบุคคลอื่นจากการเข้ามาแข่งขันกับตน เช่น เจ้าของผลิตภัณฑ์ที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมจะหาช่องนำเอาผลิตภัณฑ์ของตนนั้นมาจดสิทธิบัตรให้ได้ เนื่องจากการมีสิทธิบัตรนั้นจะทำให้เจ้าของผลิตภัณฑ์ หรือการประดิษฐ์นั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย หรือนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์นั้นๆ

เมื่อมีผู้นำผลิตภัณฑ์ที่ได้รับสิทธิบัตรไว้ สมมติว่าเป็นพืชแปลงพันธุ์ ชนิดหนึ่งไปเพาะปลูกโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรก็จะถือได้ว่าเป็นการกระทำอันเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของเขาอันเป็นความผิดตามกฎหมายสิทธิบัตร ดังนั้นหากเกษตรกรนำผลิตภัณฑ์ที่เป็นพืช หรือสัตว์แปลงพันธุ์ที่มีสิทธิบัตรกำกับอยู่ไปใช้ผิดไปจากที่เจ้าของอนุญาตไว้ หรือนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของก็จะ

ทำให้มีสิทธิถูกดำเนินคดีได้ ดังเช่นที่มีปรากฏอยู่ในต่างประเทศ ซึ่งจะได้นำตัวอย่างมาพิจารณาในหัวข้อที่ 2.2.3

โดยสถานการณ์ปัจจุบันนั้นปัญหาเรื่องการละเมิดสิทธิบัตรในพืช หรือสัตว์จะไม่เกิดโดยตรงเนื่องจากกฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยยังไม่เปิดให้ความคุ้มครองถึงวัตถุแห่งสิทธิดังกล่าว แต่หากมีการยอมตามข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ในเรื่องของการขยายความคุ้มครองไปสู่พืช และสัตว์ ประเด็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นก็จะมีทั้งการละเมิดสิทธิบัตรในพืช หรือสิทธิบัตรในสัตว์โดยตรงกับการละเมิดสิทธิบัตรในยีน หรือเซลล์พืช หรือในยีน หรือเซลล์สัตว์ ซึ่งการละเมิดสิทธิบัตรในยีน หรือในเซลล์นี้อาจจะเกิดขึ้นได้แม้จะไม่มี การขยายความคุ้มครองของระบบสิทธิบัตรไปสู่พืช และสัตว์ก็ตาม

ประเด็นปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้มีอยู่ 2 ลักษณะ โดยประการแรกนั้นเป็นการใช้ผลิตภัณฑ์ที่เป็นพืช หรือสัตว์ที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ หรือผลิตภัณฑ์ที่มีส่วนประกอบของยีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้โดยรู้รู้ว่าเป็นผลิตภัณฑ์ของผู้ใด ไม่ว่าจะกระทำโดยจงใจ หรือไม่ก็ตาม เช่น การที่เกษตรกรนำพืช หรือสัตว์ที่มีคุณสมบัติเฉพาะที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้มาปลูก หรือเลี้ยง โดยที่ไม่ได้ซื้ออย่างถูกต้อง หรือโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร หรืออาจจะเป็นการที่เกษตรกรนำพืชที่มีส่วนประกอบของยีนด้านทานโรคที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้มาเพาะปลูก หรือการนำสัตว์ที่มีโครงสร้างของสารพันธุกรรมที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้มาเลี้ยง

เมื่อผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของสิทธิบัตรนั้นมีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวในอันที่จะทำการผลิต ใช้ ขาย มีไว้เพื่อขาย เสนอขาย หรือนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตร ดังนั้นหากมีการนำพืช หรือสัตว์ที่จดสิทธิบัตรไว้มาใช้ประโยชน์โดยตรง หรือการปลูกเลี้ยงพืช หรือสัตว์ที่มีส่วนประกอบของสิ่งที่ได้จดสิทธิบัตรเอาไว้ซึ่งก็เท่ากับว่าเป็นการใช้สิ่งนั้นๆ ถ้าหากว่าได้กระทำลงโดยไม่ได้อนุญาตจากเจ้าของก็จะถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิอันพึงมีพึงได้ของเจ้าของสิทธิบัตร ซึ่งเกษตรกรอาจจะรู้ หรือไม่รู้ว่าสิทธิบัตรนั้นๆ มีปรากฏอยู่ หากแต่เป็นการปลูกเลี้ยงไปเนื่องจากเห็นว่าพืช หรือสัตว์นั้นดี มีคุณภาพเหมาะสมแก่การนำมาปลูกเลี้ยง หรืออาจจะเป็นเพราะได้รับการแนะนำต่อๆ กันมา

ประการที่สอง การละเมิดนั้นอาจจะเกิดจากการที่ยีนเกิดการเคลื่อนย้าย หรือเคลื่อนตัวออกจากพืช (ข้อมูลทางด้านสัตว์นั้นไม่จำกัดจึงไม่อาจจะยกตัวอย่างเป็นสัตว์ได้ ทั้งนี้เนื่องจากการเคลื่อนย้าย หรือเคลื่อนตัวของยีน หรือสารพันธุกรรมของสัตว์ชนิดหนึ่งไปสู่สัตว์อีกชนิดหนึ่งโดยไม่ผ่านกระบวนการทางธรรมชาติ หรือการทำพันธุวิศวกรรม (Genetic Engineering) ยังไม่มีความชัดเจนดังนั้นการยกตัวอย่างนั้นอาจจะเป็นธรรม ส่วนในเรื่องของพืชนั้นในต่างประเทศมีคดีที่อ้างว่าเกิดการรั่วไหลของยีนอยู่ จึงสามารถที่จะหยิบยกมาเป็นประเด็นตัวอย่างได้) ชนิดหนึ่งซึ่งมีการจดสิทธิบัตร หรือมีส่วนประกอบของยีนที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ไปสู่พืชชนิดเดียวกันที่เป็นพืชทั่วไปที่ไม่ได้มีการจดสิทธิบัตรอะไรไว้เลย

เมื่อพิจารณาในรูปแบบเดียวกันกับการนำพืช หรือสัตว์ที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ในประการแรก มาเทียบเคียงก็จะพบว่า การปลูกพืชที่มียีนที่มีสิทธิบัตร หรือมียีนของพืชที่มีสิทธิบัตรที่เคลื่อนย้าย หรือเคลื่อนตัวเข้ามากลายเป็นการละเมิดสิทธิบัตรเนื่องจากถือได้ว่าเป็นการใช้พืชดังกล่าว ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิอย่างหนึ่งในสิทธิทั้งหลายของเจ้าของสิทธิบัตรในอันที่จะหวงกันมิให้ผู้อื่นมากระทำการดังกล่าวได้ โดยไม่ได้รับอนุญาตจากตน ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้นในประเทศไทย แล้วปรากฏว่าเกษตรกรไทยแพ้คดี (ดังเช่นตัวอย่างที่จะหยิบยกมาพิจารณาในหัวข้อที่ 2.2.3) ก็จะทำให้เกษตรกรประสบความเดือดร้อน

ค่อนข้างมาก โดยเฉพาะหากเจ้าของพืช หรือยีนดังกล่าวดำเนินการอย่างเอาใจจริงเอาใจงก็จะทำให้ประเด็นด้านสิทธิบัตรกลายเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าที่ชัดเจนยิ่งขึ้น

นอกเหนือจากประเด็นของการได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรในตัวพืชเอง หรือในยีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมในประเทศไทยแล้ว อาจจะมีกรณีที่เจ้าของต้นพืช หรือยีนนั้นไม่ได้นำสิ่งที่เป็นผลงานการคิดค้น หรือคิดทำขึ้นของตนมาจดสิทธิบัตรไว้ในประเทศไทย หากแต่เป็นการจดคุ้มครองไว้แต่ในต่างประเทศ ซึ่งหากประเทศที่มีสิทธิบัตรนั้นๆ เป็นประเทศคู่ค้า หรือประเทศที่เกษตรกร หรือพ่อค้าไทยมีการส่งผลิตผล หรือผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรไปขายก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ เนื่องจากสิทธิของผู้ทรงสิทธิ หรือเจ้าของสิทธิบัตรนั้นรวมถึงการนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์ตามสิทธิบัตรนั้นด้วย ไม่ว่าผลิตภัณฑ์นั้นจะผลิตมาจากที่ใด หากไม่ได้รับอนุญาตในการผลิตจากเจ้าของสิทธิบัตรก็ย่อมถือว่าเป็นผลิตภัณฑ์อันละเมิดสิทธิบัตรเมื่อเข้าสู่ประเทศที่มีสิทธิบัตรอยู่ ซึ่งเกษตรกร หรือพ่อค้าเหล่านั้นอาจจะไม่สามารถรู้ได้เลยว่าพืช หรือสัตว์ ที่ตนเองปลูกเลี้ยงอยู่นั้นจะเกิดมีอะไรไปละเมิดสิทธิบัตรใครเข้าหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้นอาจจะไม่ได้ละเมิดสิทธิบัตรใครในประเทศไทย แต่อาจจะไปละเมิดในประเทศอื่น โดยเฉพาะประเทศสหรัฐ ซึ่งเป็นผู้เรียกร้องให้มีการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่พืช และสัตว์ และเป็นประเทศคู่ค้าสำคัญของไทยในเรื่องผลิตผลทางการเกษตรด้วย ซึ่งเรื่องเหล่านี้เกษตรกรย่อมไม่อาจจะหาข้อมูลมาได้โดยง่าย จึงอยู่ในสถานะที่ถูกกีดกันโดยไม่รู้ว่ามาตรการดังกล่าวนั้นเกิดขึ้นอย่างไร

แม้จะมองได้ว่าการมีสิทธิบัตรในพืช หรือในยีนพืชอาจจะกลายเป็นมาตรการกีดกันทางการค้ารูปแบบหนึ่ง และทำให้เกษตรกรไทยเสียเปรียบดังที่กล่าวไปแล้วก็ตาม แต่ถ้ามียีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ไม่ว่าที่มีสิทธิบัตรในประเทศไทย หรือต่างประเทศเข้ามาอยู่ในพืช หรือสัตว์ที่เกษตรกรปลูกเลี้ยงไว้เนื่องจากการเคลื่อนย้าย หรือเคลื่อนตัวมาจากพืช หรือสัตว์ที่ได้รับการจดสิทธิบัตร หรือที่มียีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้โดยผู้ปลูกเลี้ยง ไม่ได้ไปนำเอาพืช หรือสัตว์ที่วาดังกล่าวมาใช้โดยตรง หากแต่เป็นไปโดยผลของปรากฏการณ์ตามธรรมชาติ เช่นนี้แม้จะมีปัญหาทางด้านสิทธิบัตรดังที่กล่าวไปแล้ว แต่ในเชิงของความปลอดภัยทางชีวภาพเราจะต้องพิจารณาว่าเมื่อมีการเคลื่อนย้าย หรือเคลื่อนตัวดังว่านี้ ที่อาจจะเรียกได้อีกอย่างหนึ่งว่าการรั่วไหลของยีน (gene leakage) ก็ต้องถือว่าในด้านการป้องกันมิให้สิ่งที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมไปก่อให้เกิดความเสียหาย หรือเกิดการปนเปื้อน (contaminate) ขึ้นกับสิ่งที่ไม่ได้เป็น หรือไม่มีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมก็อาจจะต้องมีการรับผิดชอบ หรือการเยียวยาไปตามกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพที่กำลังมีการร่างกันอยู่ในประเทศไทย (เข้าใจว่าการร่างนั้นดำเนินการโดยสำนักงานแผนสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม) เนื่องจากการไปล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของคนที่ไม่ต้องการที่จะปลูกเลี้ยงพืช หรือสัตว์ที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมหรือเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นกับไร่ นา แปลง หรือสถานที่เพาะเลี้ยงของเขา

นอกจากเรื่องของผลิตภัณฑ์โดยตรงแล้ว ยังมีการขยายความคุ้มครองจากกรรมวิธีไปสู่ผลิตภัณฑ์ที่เรียกกันว่าการคุ้มครองผลิตภัณฑ์โดยกรรมวิธี (Product-by-Process) ที่ทำให้ผลิตภัณฑ์ที่เป็นผลมาจากการใช้กรรมวิธีที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้นั้นได้รับการคุ้มครองโดยปริยาย เนื่องจากผู้ที่จะทำผลิตภัณฑ์ขึ้นมาได้ก็จะต้องใช้กรรมวิธีที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้เท่านั้น แต่หากเป็นผลิตภัณฑ์ที่มี

กรรมวิธีในการทำ หรือนำไปสู่ผลิตภัณฑ์นั้นได้หลายกรรมวิธี เพียงแต่กรรมวิธีตามสิทธิบัตรอาจจะเป็นกรรมวิธีที่ดีที่สุด รวดเร็วที่สุด หรือได้ผลดีที่สุดเท่านั้น ก็อาจจะมีปัญหาในเรื่องของการคุ้มครองผลิตภัณฑ์โดยกรรมวิธีน้อย เนื่องจากยังมีกรรมวิธีอื่นที่จะทำให้ได้มาซึ่งผลิตภัณฑ์โดยไม่ละเมิดสิทธิบัตรของผู้อื่นอยู่ แต่หากมีการใช้กรรมวิธีที่จดสิทธิบัตรไว้ของบุคคลใดโดยไม่ได้รับอนุญาตผลของการใช้นั้น หรือแม้กระทั่งผลของการส่งออก-นำเข้าไปยังประเทศอื่นที่มีสิทธิบัตรอยู่ก็จะเป็นประการเดียวกันกับกรณีของผลิตภัณฑ์ที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ ตามที่ได้กล่าวไปแล้วเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม ประเด็นหนึ่งที่เราไม่อาจจะมองข้ามก็คือ ข้อเท็จจริงที่ว่าประเทศไทยนั้นมีความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่ครอบคลุมถึงพันธุ์พืช หรือพันธุ์พืชตัดแต่งพันธุกรรมอยู่แล้ว นั่นคือ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ที่ให้การคุ้มครองแก่พันธุ์พืชใหม่ทั่วไป หรือพันธุ์พืชใหม่ที่เป็นสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมหากว่าพันธุ์พืชดังกล่าวได้ผ่านการประเมินผลกระทบทางด้านความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชนแล้ว ซึ่งการคุ้มครองในส่วนนี้โดยบริบทของกฎหมายแล้วสามารถกระทำได้เลย ซึ่งก็เท่ากับว่าในประเทศไทยนั้นพันธุ์พืช หรือพันธุ์พืชที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมนั้นมีการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาอยู่ ถึงแม้จะไม่ใช้โดยสิทธิบัตร แต่ใช้กฎหมายคุ้มครองพันธุ์พืชก็สามารถให้ความคุ้มครองในระดับที่เหมาะสมได้ จึงอาจจะเป็นข้ออ้างหนึ่งที่สหรัฐฯ จะนำมาใช้เป็นเหตุผลว่าการมีสิทธิบัตรในพืชนั้นก็ไม่ได้สร้างมาตรการกีดกันอะไรขึ้นมาต่อประเทศไทย เนื่องจากกฎหมายทำนองเดียวกันที่แม้จะไม่เข้มงวดเท่าสิทธิบัตร แต่ก็มีผลในอันที่จะรักษาสิทธิของผู้ทรงสิทธิได้เช่นกันที่มีอยู่ในประเทศไทยอยู่แล้ว ส่วนในกรณีของสัตว์นั้นข้ออ้างเช่นว่าย่อมไม่สามารถนำมาใช้ได้ เนื่องจากประเทศไทยไม่เคยมีกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาใดๆ ที่ให้ความคุ้มครองแก่สัตว์โดยตรง

ในส่วนของ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช นี้หากประเทศไทยมีกฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพขึ้นมาอย่างชัดเจน หลักเกณฑ์การประเมินความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพ หรือสวัสดิภาพของประชาชนจากกรณีวิชาการเกษตร หรือหน่วยงานหรือสถาบันอื่นที่คณะกรรมการกำหนดตามที่บัญญัติให้มีไว้ในกฎกระทรวงภายใต้ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืชนั้นสามารถนำมาตั้งเป็นเงื่อนไขในอันที่จะให้ หรือไม่ให้ความคุ้มครองได้ แต่หากเป็นการคุ้มครองโดยระบบสิทธิบัตรการจะนำประเด็นเรื่องความปลอดภัยทางชีวภาพมาเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่จะให้ หรือไม่ให้สิทธิบัตรนั้นอาจจะไม่สามารถทำได้ เนื่องจากข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ได้มีระบุไว้ไม่ให้นำข้อกฎหมาย หรือสารัตถะที่ไม่ใช่เงื่อนไขในการออกสิทธิบัตร (เช่น ความใหม่ ขั้นตอนประดิษฐ์ที่สูงขึ้น การประยุกต์ในทางอุตสาหกรรม) มาเป็นสิ่งที่กีดกันการออกสิทธิบัตรนั้นๆ⁷

7 IPR text proposed by US to Thailand (2006)

US proposal on 'patents' and on 'measures related to certain regulated products' for negotiation with Thailand under the IPR chapter of the current US-Thailand FTA talks.

แม้กระนั้นก็ตาม หากมีการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่พืช และสัตว์ ซึ่งโดยมากจะเป็นสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม ประเทศไทยก็อาจจะกำหนดบทบัญญัติให้ต้องมีการผ่านการประเมินความปลอดภัยทางชีวภาพก่อนที่จะให้สิทธิบัตรขึ้นมาแล้วก็เป็นเหตุผลว่า หากไม่ผ่านการประเมินก็จะได้ไม่ได้รับสิทธิบัตรเพื่อใช้เป็นเครื่องต่อรอง หรือเป็นมาตรการเฉพาะของประเทศไทยก็ได้ โดยอาจจะหยิบยกเรื่องนี้ขึ้นเป็นเงื่อนไขการให้สิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตโดยรวม อันเป็นสิ่งที่สหรัฐฯ คงจะยืนยันว่าไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งประเทศไทยก็ต้องไปเจรจาต่อไป ทั้งนี้ การไม่ยอมตามในการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่พืช และสัตว์ย่อมเป็นสิ่งที่แย่ที่สุดสำหรับประเทศไทยในขณะนี้

แนวโน้มในโลกปัจจุบันนี้ไม่ว่าจะเป็นภายใต้การเจรจาการค้าแบบพหุภาคีภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก หรือแบบทวิภาคีในรูปของข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Agreement – FTA) ในเรื่องสิทธิบัตรต่างก็มุ่งไปที่การเปิดประตูให้กับการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นจุลชีพ พืช หรือสัตว์ จะเว้นก็แต่เพียงคนเท่านั้นที่ยังไม่มีใคร หรือประเทศไหนในโลกที่ให้ถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิของการจดสิทธิบัตรได้ อย่างไรก็ตามสารเคมีบางอย่างเกี่ยวกับตัวคน หรือการประดิษฐ์ใดๆ ที่เกี่ยวกับเซลล์ ยีน หรือดีเอ็นเอของคนที่อาจจะถูกนำมายื่นขอจดสิทธิบัตรได้ในบางประเทศ อย่างเช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

ข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ที่เสนอมາทำให้เห็นถึงแนวโน้มของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่อาจจะทำให้ประเทศไทยตกอยู่ในสถานะเสียเปรียบประเทศคู่ค้าหลายๆ ประเทศในเรื่องของสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะบรรดาประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายยิ่งไปกว่าพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ภายใต้ข้อตกลงทริปส์ เพราะในแง่หนึ่งนั้นข้อตกลงทริปส์ยังคงมีทางออกให้กับประเทศภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก พอสมควรที่กำหนดให้ภาคีสมาชิกต้องให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชใหม่ไม่ว่าจะโดยระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะแบบ (*sui generis system*) หรือทั้งสองระบบ ซึ่งประเทศไทยได้เลือกที่จะจัดทำระบบกฎหมายเฉพาะแบบที่ถือได้ว่าเป็นการทำตามพันธกรณีที่มิต่อภาคีสมาชิกอื่นขององค์การการค้าโลก โดยที่ยังคงรักษาสี และอิสราภาพของเกษตรกรได้พอสมควร และที่สำคัญยังคงสามารถคุ้มครองทรัพยากรพันธุกรรมพืช (plant genetic resources) ของไทยได้ในระดับหนึ่ง จึงออกมา

3. Each Party may provide limited exceptions to the exclusive rights conferred by a patent, provided that such exceptions do not unreasonably conflict, with a normal exploitation of the patent and do not unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties.

4. Each Party shall provide that a patent may be revoked only on grounds that would have justified a refusal to grant the patent. A Party may also provide that fraud, misrepresentation or inequitable conduct may be the basis for revoking a patent or holding a patent unenforceable. Where a Party provides proceedings that permit a third party to oppose the grant of a patent, a Party shall not make such proceedings available before the grant of the patent.

เป็น พ.ร.บ. คຸ້ມครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว นอกจากนั้นข้อตกลงทริปส์ยังเปิดให้มีการกำหนดข้อยกเว้นในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่พืช และสัตว์ไว้ด้วย⁸

การที่เราสามารถใช้สิทธิในอันที่จะยกเว้นการให้ความคุ้มครองแก่พืช และสัตว์ตามมาตรา 27.3 (b) ของข้อตกลงทริปส์นั้นทำให้เราสามารถตัดสินใจเองได้ว่าควรจะเปิดความคุ้มครองให้แก่สิ่งมีชีวิตเหล่านี้หรือไม่ เนื่องจากผู้ที่มีศักยภาพในการทำวิจัยและพัฒนาเพื่อการใช้ประโยชน์จากพืช และสัตว์ส่วนใหญ่ก็ล้วนแล้วแต่เป็นบริษัทต่างชาติที่มีความก้าวหน้าในด้านเทคโนโลยีชีวภาพเป็นอย่างมาก ซึ่งก็เป็นที่รู้กันว่าประเทศที่มีค่อนข้างจะล้าหลังที่สุดก็คือ สหรัฐอเมริกา

ผลของการที่สหรัฐฯ ได้เรียกร้องประเทศไทยให้เปิดการคุ้มครองแก่สิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์ทั้งหลาย ในอนาคตอันใกล้บรรดาพืชเศรษฐกิจส่วนใหญ่ก็อาจจะตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองในระบบสิทธิบัตร ส่งผลให้เมล็ดพันธุ์พืชที่เกษตรกรเคยเก็บไว้ปลูกต่อได้ หรือสามารถนำไปเป็นปัจจัยในการทำพันธุ์เก็บไว้ใช้งานต่อ แม้กระทั่งพืชที่นักปรับปรุงพันธุ์ที่รวมถึงทั้งนักวิชาการ ชาวบ้าน เกษตรกร หรือมืออาชีพ มือสมัครเล่นทั้งหลายได้อาศัยเป็นตัวช่วย หรือฐานในการสร้างพืชที่มีคุณสมบัติที่ดีต่อไปก็จะกระทำไม่ได้เพราะถูกกีดกันโดยระบบสิทธิบัตร

ยิ่งไปกว่านั้น นอกจากพืชแล้วประเทศไทยยังต้องเปิดให้การคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สัตว์ ดังที่ได้วิเคราะห์ไว้ในตอนต้นอีกด้วย ซึ่งการทำวิจัยและพัฒนาด้านพืชในประเทศไทยนั้น ไม่ว่าจะเป็นระดับไร่นา หรือห้องปฏิบัติการ นักปรับปรุงพันธุ์และนักวิชาการไทยมีขีดความสามารถในการแข่งขันอยู่ในระดับที่พอจะแข่งขันได้อยู่บ้าง แต่ถ้าเป็นการวิจัยและพัฒนาในเรื่องสัตว์ซึ่งต้องใช้เงินทุนมาก และยังไม่ได้ดำเนินการกันอย่างกว้างขวางในประเทศไทย เราจึงคงต้องพึ่งพางานวิจัยและพัฒนา รวมถึงพวกพ่อพันธุ์แม่พันธุ์จากต่างประเทศเป็นอันมาก

ในปัจจุบันนี้ตลาดเทคโนโลยีชีวภาพซึ่งไม่ได้มีการคุ้มครองอย่างเต็มรูปแบบโดยระบบสิทธิบัตรก็เป็นตลาดที่แทบจะถูกผูกขาดโดยบริษัทข้ามชาติ ดังนั้นหากว่ามีการผูกโยงเข้ากับระบบสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองแก่พืช และสัตว์ด้วยแล้วก็จะยิ่งทำให้ประเทศไทย โดยเฉพาะเกษตรกร นักวิทยาศาสตร์ นักปรับปรุงพันธุ์รายย่อยอยู่ในสถานะเสียเปรียบ ซึ่งอาจส่งผลให้ชะตากรรมของประเทศในด้านเทคโนโลยีชีวภาพกลายเป็นเรื่องที่ต้องพึ่งพาการนำเข้าเทคโนโลยีจากต่างประเทศเป็นหลัก เพราะการจะนำเทคโนโลยีใดมาต่อยอดก็อาจจะต้องระวังเรื่องการละเมิดสิทธิบัตร

หากมองลึกๆ แล้วปัญหาของประเทศไทยอาจจะไม่ได้อยู่ที่ระบบสิทธิบัตร แต่อยู่ที่เรายังไม่พร้อมที่จะให้สิทธิเด็ดขาด (Exclusive Right) ในการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์ โดยเฉพาะสิทธิบัตร เนื่องจากการคุ้มครองที่เอื้อต่อระบบเศรษฐกิจแบบอุตสาหกรรมไม่ใช่ระบบที่ต้องพึ่งพาเกษตรกรรมรายย่อยเป็นหลักอย่างประเทศไทย

นอกจากนั้นการให้ความคุ้มครองโดยระบบสิทธิบัตรแก่พืช และสัตว์ก็จะเท่ากับการสนับสนุนให้มีการนำเข้าสิ่งที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม ซึ่งเราควรจะได้มีการศึกษา และพิจารณาความจำเป็นของประเทศไทยในการใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมก่อนที่จะเปิดให้มีการคุ้มครองกันอย่างเต็มรูปแบบ และควรที่จะมุ่งไปที่การพัฒนาเทคโนโลยีของตัวเองเป็นหลัก

⁸ ดูเชิงอรรถที่ 5

ไม่ว่าจะเป็นเทคโนโลยีในการทำสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรม หรือเทคโนโลยีอื่นใดที่จะสามารถสร้างความเจริญก้าวหน้าให้กับประเทศไทยได้โดยไม่ต้องพึ่งพาการนำเข้าผลิตภัณฑ์ หรือเทคโนโลยีจากต่างประเทศ

2. ผลกระทบจากมาตรการ NTB ต่อประเทศไทย

2.1 ด้านสิ่งแวดล้อม: ผลต่อการลดลงของความหลากหลายทางพันธุกรรม⁹

ประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่มองว่าความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา เช่น สิทธิบัตร โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นจุลชีพ พืช หรือสัตว์ล้วนไม่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงต่อประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม และยังไม่เกี่ยวข้องกับการลดน้อยถอยลงซึ่งพันธุกรรมพืช และสัตว์ เพราะการจดสิทธิบัตรไม่ได้มีผลกระทบใดๆ ต่อการจะปลูกเลี้ยงพืช หรือสัตว์ชนิดพันธุ์ใดชนิดพันธุ์หนึ่งของเกษตรกร เนื่องจากสิทธิบัตรเป็นเพียงเครื่องมือที่ให้ความคุ้มครองแก่การประดิษฐ์อันเป็นผลงานสร้างสรรค์ของผู้ประดิษฐ์เพื่อไม่ให้มีการนำการประดิษฐ์นั้นไปใช้ ผลิต หรือจำหน่ายโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของการประดิษฐ์นั้น แต่สิทธิบัตรไม่ได้มีผลต่อการเลือกของเกษตรกรแต่อย่างใด และการที่หรือไม่มีสิทธิบัตรก็ไม่ได้ทำให้เกิดผลกระทบต่อสภาพของสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลกระทบในทางลบ หากแต่เป็นการใช้เทคโนโลยีบางประเภท หรือแท้ที่จริงคือ การใช้เทคโนโลยีอย่างผิดประเภท หรือการขาดความระมัดระวังในการประกอบกิจกรรมทางอุตสาหกรรม

ส่วนกระแสในโลกกำลังพัฒนานั้นเป็นไปในทางค่อนข้างหวงกันในเรื่องของผลกระทบของทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตที่มีต่อสิ่งแวดล้อม หรือความหลากหลายทางชีวภาพ โดยประเทศเหล่านี้มองว่าสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต หรือแม้กระทั่งการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาโดยรวมอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ หรือการลดน้อยถอยลงของพันธุกรรมจุลชีพ พืช และสัตว์ได้หลายทาง เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่มองว่า ทรัพย์สินทางปัญญาส่งเสริมให้มีการใช้เคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่เป็นอันตราย ทรัพย์สินทางปัญญาเป็นแรงจูงใจให้มีการประดิษฐ์สิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมที่อาจจะเป็นอันตรายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ ทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดการปลูกพืชเชิงเดี่ยว ทรัพย์สินทางปัญญาลดทอนกำลังใจของเกษตรกรในการเก็บ

⁹ กรุณาดูเอกสารทางวิชาการดังต่อไปนี้เป็นส่วนประกอบ Dutfield, G., "Protecting and Revitalising Traditional Ecological Knowledge: Intellectual Property Rights and Community Knowledge Databases in India" in Blakeney, M. (ed.), Intellectual Property Aspects of Ethnobiology, 1999, page 46-47; Reid, W. V, et al. (1993), Biodiversity Prospecting: Using genetic Resources for Sustainable Development, World Resources Institute, National Biodiversity Institute of Costa Rica, Rainforest Alliance, and African Centre for Technology Studies, p. 150; Kothari, A. and R.V. Anuradha 1997: "Biodiversity, Intellectual Property rights, and the GATT agreement: how to address the conflicts?" *Biopolicy*, Vol. 2, No. 4; Rangnekar, D. *Planned Obsolescence and Plant Breeding: Empirical Evidence from Wheat Breeding in the UK (1965-1995)*; Bragdon, S and Downes, D. Recent policy trends and developments related to the Conservation, Use and Development of Genetic Resources; Issues in Genetic Resources No. 7, IPGRI, 1998.

รักษาทรัพยากรฐานพันธุกรรม ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีรายละเอียดปลีกย่อยที่เป็นข้อสนับสนุนอยู่มากมาย

หากพิจารณาโดยไม่แยกแยะว่าเป็นมุมมองของประเทศอุตสาหกรรม หรือประเทศกำลังพัฒนา ข้อคำนึงในด้านสิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองสิทธิบัตรควรจะเป็นเช่นเดียวกัน โดยมองผลในแง่บวก และแง่ลบเพื่อนำมาถ่วงดุลกัน เพื่อวิเคราะห์ว่าประเทศต่างๆ โดยเฉพาะประเทศที่ยังไม่ได้เปิดให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์ ควรจะขยายความคุ้มครองไปยังสิ่งมีชีวิตเหล่านี้หรือไม่ ซึ่งประเด็นที่ว่าทรัพย์สินทางปัญญาส่งเสริมให้มีการใช้เคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่เป็นอันตรายนั้นอยู่บนพื้นฐานที่ว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรจะทำให้ภาคอุตสาหกรรมพัฒนาเมล็ดพันธุ์ที่จะนำมาใช้ร่วมกับเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรเพื่อที่จะเป็นการกำจัดวัชพืชอื่นๆ โดยที่เมล็ดพันธุ์ดังกล่าวไม่ได้รับผลกระทบ และจะต้องเป็นเมล็ดพันธุ์ และเคมีภัณฑ์ที่มาจากบริษัท หรือกลุ่มบริษัทเดียวกัน ซึ่งล้วนแล้วแต่มีสิทธิบัตรคุ้มครองอยู่ เพื่อให้เกษตรกรต้องใช้ผลิตภัณฑ์จากแหล่งเดียวกัน และไม่สามารถที่จะเก็บไว้ใช้ ผลิต หรือจำหน่ายต่อไปได้ หากไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตร ซึ่งก็จะทำให้เกษตรกรต้องใช้ทั้งเมล็ดพันธุ์ และเคมีภัณฑ์ในปริมาณมากซ้ำแล้วซ้ำอีก อันเป็นการทำลายสิ่งแวดล้อม และทำให้พันธุ์พืช หรือแม้กระทั่งจุลชีพ และสัตว์ที่อยู่แวดล้อมแหล่งปลูกเมล็ดพันธุ์เหล่านั้นล้มตาย ร่อยหรอ หรือกลายพันธุ์ไปได้

มุมมองด้านสิ่งแวดล้อมนั้นไม่ได้หยุดอยู่แต่เพียงที่การใช้เมล็ดพันธุ์ หรือเคมีภัณฑ์ทางการเกษตรที่เป็นอันตรายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ หากแต่ยังขยายไปสู่การใช้สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรม ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบถึงการดำรงคงอยู่ของพืช และสัตว์อื่นๆ ในธรรมชาติ โดยเฉพาะประเด็นของการรั่วไหลทางพันธุกรรมจากพืช หรือสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรมไปสู่พืช หรือสัตว์ที่ไม่ใช่สิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมอื่นๆ ซึ่งเนื้อหาของความเกี่ยวข้องระหว่างสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมกับทรัพย์สินทางปัญญานั้นอยู่ที่แนวโน้มที่ว่าความคุ้มครองสิทธิบัตรส่งผลให้มีการสร้างการประดิษฐ์ที่เป็นพืช หรือสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรมมากขึ้น และการมีพืช และสัตว์เหล่านี้เพิ่มขึ้นอาจจะก่อให้เกิดอันตรายต่อความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากผลกระทบที่เรายังไม่รู้ว่าพืช และสัตว์เหล่านี้จะสามารถก่อให้เกิดขึ้นได้จากการที่พืช และสัตว์เหล่านี้มีพันธุกรรมที่ผุดแผกไปจากสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ที่มีอยู่ตามธรรมชาติ แม้กระนั้นก็ตาม หากมองในแง่ดีของการนำเทคโนโลยีการดัดแปลงพันธุกรรมมาใช้ในการพัฒนาพืช และสัตว์ อาจจะส่งผลให้เราได้พืช และสัตว์ที่มีคุณภาพดีขึ้น โดยเฉพาะพืชที่ใช้สารเคมีลดลง เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ช่วยรักษาสภาพแวดล้อมให้มีความสมดุลสูงขึ้น รวมไปถึงการช่วยเพิ่มความหลากหลายทางชีวภาพ หากมีการสร้างสรรค์พืชเหล่านี้มากขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งจะทำให้เกษตรกรมีทางเลือกมากขึ้น ส่งผลให้มีพืช หรืออาจจะเป็นสัตว์ที่หลากหลายมากขึ้นจากการที่เกษตรกรต่างก็ปลูกเลี้ยงพืช และสัตว์ที่แตกต่างกันด้วย โดยที่สิ่งเหล่านี้จะเกิดขึ้นได้ก็โดยการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในเทคโนโลยี และในสิ่งมีชีวิตจำพวกพืช และสัตว์เพื่อให้บริษัท และนักวิจัยสร้างสรรค์สิ่งมีชีวิต และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตเหล่านี้มากขึ้น

นอกจากสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะเป็นตัวกระตุ้นให้มีการสร้างสรรค์พืช และสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรม เพื่อมาขอรับสิทธิบัตรแล้ว ยังเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดการวิจัยรวมศูนย์ และการปรับปรุงพันธุ์เชิงเดี่ยว (monoculture) ที่ทำให้เกิดพืช และสัตว์ที่เป็นแบบแผนเดียวกัน เพื่อตอบสนองต่อความ

ต้องการของตลาดเป็นหลัก ทำให้มีพืช และสัตว์ไม่กี่สายพันธุ์ที่เป็นที่นิยมปลูกเลี้ยง และบริโภค การปรับปรุงพันธุ์พืช และสัตว์เชิงเดี่ยวทำให้เกิดการร่อยหรอซึ่งความหลากหลายทางชีวภาพ ไม่ว่าจะเป็น การสูญเสียความหลากหลายในพันธุกรรม (genetic diversity) ความหลากหลายในชนิดพันธุ์ (species diversity) หรือความหลากหลายในระบบนิเวศ (ecosystem diversity) ยิ่งไปกว่านั้นสายพันธุ์ที่ถูกสร้างขึ้นใหม่ก็จะเข้าไปแทนที่สายพันธุ์ท้องถิ่น สายพันธุ์ดั้งเดิม หรือสายพันธุ์ป่า ทำให้สายพันธุ์เหล่านั้นค่อยๆ หดไป แต่ข้อโต้แย้งในทางกลับกันก็มีอยู่ โดยมองว่าการใช้สายพันธุ์ที่มีผลผลิตสูง หรือมีความสม่ำเสมอ ความคงตัวเป็นแบบแผนเดียวกันจะลดแรงกดดันที่มีต่อการปรับเปลี่ยนพื้นที่ระบบนิเวศ ความหลากหลายทางชีวภาพให้กลายมาเป็นพื้นที่สำหรับการเกษตร อย่างไรก็ตามจะต้องมีการศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นต่อเกษตรกร และนักปรับปรุงพันธุ์ในความเป็นจริง เพื่อใช้เป็นคำตอบว่าสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาส่งผลกระทบในเชิงลบต่อความหลากหลายทางชีวภาพ เนื่องจากมีการให้ความคุ้มครองแก่สายพันธุ์ที่มีความสม่ำเสมอ คงตัวในลักษณะเชิงเดี่ยว ซึ่งส่งผลให้นักปรับปรุงพันธุ์นิยมสร้างพันธุ์ในลักษณะดังกล่าว และเกษตรกรนิยมปลูกเลี้ยงพืช และสัตว์เชิงเดี่ยวด้วยจริงหรือไม่

ประเด็นสุดท้ายคือ การที่ทรัพย์สินทางปัญญาลดทอนแรงจูงใจในอันที่เกษตรกรจะอนุรักษ์ความหลากหลายทางชีวภาพไว้ ซึ่งเป็นมุมมองที่อาจจะมีส่วนเชื่อมโยงกับการที่ระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธิบัตรมุ่งให้ความคุ้มครองแก่พืช และสัตว์ดัดแปลงพันธุกรรม รวมทั้งพืช และสัตว์ที่มีลักษณะเชิงเดี่ยวที่ให้ผลผลิตสูง ส่งผลให้เกษตรกรเลิกปลูกเลี้ยงบรรดาสายพันธุ์ดั้งเดิมทั้งหลาย ยิ่งไปกว่านั้นอุตสาหกรรมการเกษตรก็บีบให้เกษตรกรต้องปลูกพืช หรือเลี้ยงสัตว์ตามความต้องการของบริษัทที่เป็นผู้รับซื้อ ซึ่งโดยมากจะวางมาตรฐานไว้เป็นพืช และสัตว์ที่ได้มีการจดสิทธิบัตรไว้ หรือที่ได้ถูกสร้างสรรค์ขึ้นโดยบริษัทของตน บริษัทในเครือ หรือบริษัทที่เป็นพันธมิตรกัน ทำให้เกษตรกรไม่กล้าไปใช้สายพันธุ์อื่น โดยเฉพาะสายพันธุ์ดั้งเดิม เพราะจะไม่ใช่ที่ต้องการของตลาด

เมื่อเกษตรกรต่างก็หันไปใช้สายพันธุ์ที่มีความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธิบัตรก็ส่งผลให้การแลกเปลี่ยนพันธุกรรมพืช หรือบางทีสัตว์ด้วยก็ไม่สามารถทำได้ เพราะจะกลายเป็นการละเมิดสิทธิบัตรของเจ้าของสายพันธุ์ ยิ่งไปกว่านั้นการเก็บสายพันธุ์ที่ตนมีไว้ปลูก หรือเลี้ยงเองต่อไปก็ไม่อาจจะกระทำได้อีก เนื่องจากการผลิต ใช้ หรือจำหน่ายผลิตผลของสายพันธุ์ดังกล่าวโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของก็ย่อมเป็นการละเมิดสิทธิบัตรเช่นเดียวกัน แม้จะมีแนวความคิดที่ว่าสิทธิบัตรทำให้เกษตรกรสูญเสียศักยภาพในการเก็บรักษาสายพันธุ์ดั้งเดิมของตน แต่ก็มีผู้ที่เห็นแย้งว่าหากเกษตรกรเรียนรู้ว่าสายพันธุ์ที่ตนนำมาปลูก หรือคิดจะนำมาปลูกอยู่ภายใต้การคุ้มครองของสิทธิบัตรพวกเขาก็สามารถที่จะเลือกไม่ปลูกเลี้ยงสายพันธุ์ดังกล่าวได้ และที่สำคัญคือ ภาครัฐ หรือรัฐบาลอาจจะมีนโยบายในอันที่จะกระตุ้นตลาดให้มีความต้องการบริโภคสายพันธุ์ดั้งเดิมเพื่อเป็นการช่วยเหลือเกษตรกรในการเก็บรักษาสายพันธุ์ของพวกเขาอีกแรงหนึ่งก็เป็นได้

หากมองในเชิงบวกเราอาจจะพบว่าบริษัทต่างแข่งขันกันสร้างสายพันธุ์ใหม่ๆ พวกเขาก็ล้วนแล้วแต่อาศัยฐานทรัพยากรพันธุกรรมดั้งเดิม หรือพันธุกรรมป่าที่มีคุณสมบัติที่ดีมาใช้ในการปรับปรุงพันธุ์ อันส่งผลให้โครงสร้างทางพันธุกรรมของสายพันธุ์ใหม่นั้นรวมไว้ซึ่งลักษณะทางพันธุกรรมของสายพันธุ์ดั้งเดิม และสายพันธุ์ป่า ซึ่งก็ถือว่ายังคงรักษาพันธุกรรมเหล่านั้นไว้ได้ อีกทั้งบริษัท รวมถึงนักปรับปรุงพันธุ์ทั้งหลายก็ยังต้องอนุรักษ์สายพันธุ์ดั้งเดิม และสายพันธุ์ป่าเอาไว้ เพื่อใช้เป็นฐานในการ

ปรับปรุงพันธุ์ต่อไป นอกจากนั้นในการสร้างสายพันธุ์ใหม่ บริษัท หรือนักปรับปรุงพันธุ์ก็ย่อมต้องสร้างสิ่งที่แตกต่างกัน เพื่อให้เป็นทางเลือกของตลาด และเพื่อที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้ระบบทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะสิทธิบัตรที่ต้องการความแตกต่าง หรือชั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้นกว่าเดิม ดังนั้นหากผู้สร้างสรรค์สายพันธุ์ใหม่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองก็ต้องทำในสิ่งที่ไม่เหมือนกัน ก่อให้เกิดความหลากหลายทางพันธุกรรม เพราะสายพันธุ์เหล่านั้นจะเข้าไปอยู่ในแปลง หรือในสถานที่เลี้ยงของเกษตรกร ซึ่งหลายสายพันธุ์ก็อาจจะอยู่ในแปลง หรือสถานที่เลี้ยงแบบเปิด ทำให้สายพันธุ์เหล่านั้นเข้าสู่สภาพธรรมชาติโดยปริยาย ก่อให้เกิดการขยายตัวของรากฐานความหลากหลายทางชีวภาพขึ้นมา อันอาจจะถือได้ว่าเป็นความหลากหลายทั้งในเชิงพันธุกรรม ชนิดพันธุ์ และระบบนิเวศน์เลยก็ได้

2.2 ด้านเศรษฐศาสตร์: ผลต่อพฤติกรรมของเกษตรกร และนักวิจัยไทย

โดยเหตุผลในทางเศรษฐศาสตร์กระแสหลัก เราอาจจะมีคำถามที่จะต้องมีความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อที่จะก่อให้เกิดแรงจูงใจให้คนสร้างองค์ความรู้ใหม่ๆ ขึ้น เนื่องจากองค์ความรู้นั้นเป็นสิ่งที่ไม่ต้องแข่งขันกันในการบริโภค มองในมุมดังกล่าวองค์ความรู้จึงควรเปิดให้เข้าถึงได้โดยไม่ต้องมีค่าใช้จ่าย หรือการคุ้มครองใดๆ แต่ถ้าหากเราทำเช่นนั้นจริงๆ สิ่งที่จะตามมาก็คือ การที่ตลาดจะลงทุนในองค์ความรู้ใหม่ๆ น้อยลงไปเรื่อยๆ เพราะผู้สร้างนวัตกรรมใดๆ ก็ตามจะไม่ได้ผลตอบแทนจากสิ่งที่ลงทุนไป ระบบทรัพย์สินทางปัญญาจึงเกิดขึ้นมาตรงจุดนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้สร้างสรรค์นวัตกรรมเป็นระยะเวลาหนึ่ง ซึ่งโดยทั่วไปน่าจะเพียงพอกับการสร้างความคุ้มครอง อันจะทำให้มีแรงจูงใจในการลงทุนในองค์ความรู้ใหม่ๆ ซึ่งหากมองอย่างรวบรัดทรัพย์สินทางปัญญาได้ก่อให้เกิดการบิดเบือนที่หยุดนิ่ง (static distortion)¹⁰ นั่นคือ การที่องค์ความรู้ที่มีเจ้าของถูกขายในราคาที่สูงกว่าราคาต้นทุน หรือจตุรรายได้ต่ำสุดซึ่งถ้าต่ำกว่านี้แล้วการขายจะขาดทุน (marginal cost) ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งที่เป็นเหตุเป็นผลในตัวเอง เพราะเป็นเส้นทางที่มีประสิทธิภาพในการสร้างผลประโยชน์ที่เคลื่อนไหว (dynamic benefits) ที่เกี่ยวกับกิจกรรมการสร้างนวัตกรรม¹¹

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นอยู่ภายใต้การคุ้มครองที่อิงอยู่กับหลักดินแดน (Territorial) ซึ่งโดยหลักแล้วถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในประเทศ และแตกต่างกันเมื่อข้ามจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง เมื่อทรัพย์สินทางปัญญาที่แฝงอยู่ในสินค้าและบริการที่ก่อกำเนิดขึ้นในประเทศ ก เคลื่อนเข้าสู่ประเทศ ข จะเกิดคำถามขึ้น 2 คำถามคือ ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศ ข จะส่งผลกระทบต่อปริมาณการเคลื่อนไหวของการค้าแบบทวิภาคีจากประเทศ ก ไปสู่ประเทศ ข และนัยยะของการ คุ้มครองดังกล่าวต่อสวัสดิภาพทางเศรษฐกิจ (economic welfare) ของประเทศทั้งสอง¹²

¹⁰ How Stronger Protection of Intellectual Property Rights Affects International Trade Flows, Carsten Fink and Carlos A. Primo Braga, INTELLECTUAL PROPERTY AND DEVELOPMENT, Lessons from Recent Economic Research Edited by Carsten Fink and Keith E. Maskus, A copublication of the World Bank and Oxford University Press 2005, หน้า 21 – 23

¹¹ อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 9

¹² อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 9

สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาก่อให้เกิดผลกระทบต่อการเคลื่อนไหวของการค้าในหลายทางด้วยกัน เช่น บริษัทหนึ่งอาจจะตัดสินใจไม่นำสินค้าที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองของตนเข้าสู่ตลาดต่างประเทศ หากในตลาดดังกล่าวมีแนวโน้มของการละเมิดค่อนข้างสูงเนื่องจากระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่ย่อนยาน เมื่อมองในลักษณะนี้ การมีระบบสิทธิบัตรที่เข้มแข็งก็จะทำให้มีการนำเข้าจากต่างประเทศเพิ่มขึ้น เนื่องจากตลาดมีความต้องการสินค้าที่มีสิทธิบัตรมากขึ้นเพื่อเข้ามาทดแทนสินค้าซึ่งเดิมเป็นสินค้าลอกเลียนแบบหรือสินค้าละเมิดสิทธิ (counterfeit or pirate goods) ในทางกลับกันบริษัทอาจจะตัดสินใจไม่ส่งสินค้าไปขายในประเทศอื่นๆ หากความคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศของตนนั้นมีความเข้มงวด เพราะตลาดในประเทศนั้นมีความปลอดภัยต่อการถูกละเมิดสิทธิอยู่แล้ว ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องขยายตลาด โดยเฉพาะเมื่อสถานะของความคุ้มครองในประเทศอื่นๆ นั้นอยู่ในระดับที่ด้อยกว่าประเทศของตนเอง

เมื่อมองการขยายตลาด หรือการเคลื่อนฐานการค้าโดยพิจารณาความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเป็นหนึ่งในองค์ประกอบหลัก เราจะพบว่าผลกระทบของความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาต่อการเคลื่อนไหวของการค้าแบบทวิภาคีนั้นยังไม่มีคำตอบชัดเจน ทั้งในทางทฤษฎี และทางปฏิบัติ ยิ่งไปกว่านั้นบริษัทอาจจะเลือกที่จะไม่ส่งสินค้าเข้าไปขายในประเทศที่มีระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวด แต่จะเลือกที่จะอนุญาตให้ใช้สิทธิ (licensing) มากกว่า ก็จะทำให้ไม่เกิดการเคลื่อนไหวของสินค้าจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง เพราะจะมีเพียงการเคลื่อนไหวของทรัพย์สินทางปัญญาเท่านั้น เมื่อเป็นเช่นนี้การพัฒนา หรือสร้างสรรค์ทรัพย์สินทางปัญญาในประเทศผู้รับก็อาจจะลดลง เนื่องจากสามารถรับความเจริญก้าวหน้ามาจากประเทศผู้ริเริ่ม (originating country) ได้

สิ่งหนึ่งที่จะทำให้เราสามารถมองความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาได้ชัดเจนขึ้นก็คือ การพิจารณาด้านทุน และผลประโยชน์ทั้งแบบที่หยุดนิ่ง (static) และแบบที่เคลื่อนไหว (dynamic) สำหรับคู่ค้าที่มาจากระบบเศรษฐกิจการค้าที่ต่างกันที่อาจจะเกิดขึ้นจากการมีระบบทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มแข็งขึ้น ในมุมมองของดุลยภาพบางส่วนที่หยุดนิ่ง (static partial equilibrium) ประเทศต้นทางของการเคลื่อนไหวของการค้าน่าจะได้ประโยชน์จากความคุ้มครองที่เข้มงวดขึ้น เพราะประเทศดังกล่าวจะได้กำไรผูกขาดจากการขายสินค้าในต่างประเทศ ในทางกลับกันผลกระทบที่หยุดนิ่งต่อสถานะภาพของประเทศผู้รับน่าจะเป็นลบ เนื่องจากอำนาจทางการตลาดที่สูงขึ้นของเจ้าของสิทธิชาวต่างชาติจะทำให้เกิด ... (deadweight losses) หากไม่ในแง่นี้ ประเทศเล็กๆ ที่เป็นผู้บริโภคคนวัตกรรมจะรู้สึกเกรงกลัวการขยายความคุ้มครองของระบบสิทธิบัตรจะทำให้เกิดการถ่ายโอนค่าเช่าทางเศรษฐศาสตร์ (economic rent) ไปสู่ประเทศอุตสาหกรรม ซึ่งเป็นผู้ผลิตนวัตกรรมเท่านั้น¹³

เมื่อพิจารณาในมุมมองของดุลยภาพทั่วไปที่หยุดนิ่ง (static general equilibrium) ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดขึ้นน่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่การเคลื่อนไหวของการค้าของประเทศผู้รับ เพราะการจัดสรรใหม่ของการผลิต (reallocation of production) นั่นคือ การย้ายฐานการผลิตจากประเทศผู้รับกลับสู่ประเทศต้นทาง ทำให้การค้าขายที่น่าจะเป็นประโยชน์กับประเทศต้นทางลดลงไปด้วย นอกเหนือจากนั้นการจัดสรรใหม่ของการผลิตอาจจะทำให้สวัสดิภาพของทั้งสองประเทศเกิดการถดถอย เนื่องจากข้อคำนึงในด้านประสิทธิภาพของการผลิตทำให้ต้องจัดสรรการผลิตไปสู่

¹³ อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 9

ประเทศที่มีต้นทุน หรือค่าใช้จ่ายในการผลิตต่ำกว่า ผลกระทบนี้จะเกี่ยวข้องโดยตรงกับทรัพย์สินทางปัญญา เพราะประเทศส่วนใหญ่ที่มีค่าแรงต่ำล้วนแต่เป็นประเทศที่มีการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่หละหลวม และอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา¹⁴

หากใช้มุมมองของการเคลื่อนไหว การนำสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเข้าสู่ประเทศจะก่อให้เกิดการกระตุ้นการสร้างนวัตกรรมในประเทศต้นทาง และจะทำให้มีการไหลของการค้ามากขึ้น ผลกระทบนี้จะประโยชน์กับทั้งสองประเทศ โดยการอนุมานเอาว่าผลตอบแทนทางสังคมที่ได้จากนวัตกรรมนั้นจะสูงผลตอบแทนของเอกชน เมื่อนำมุมมองเช่นว่ามาใช้นวเวทีโลก เราจะพบว่า การให้การยอมรับสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในระดับนานาชาติจะทำให้เกิดกลไกการปรับตัวที่สามารถให้การรับรองได้ว่าจะมีการแข่งขันที่เคลื่อนไหวระหว่างประเทศเกิดขึ้น โดยระบบการให้สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ประเทศผู้ผลิตนวัตกรรมจะมีแรงจูงใจในการพัฒนาเทคโนโลยีใหม่ๆ มากขึ้น ซึ่งเมื่อตกถึงรุ่นต่อไปเทคโนโลยีเหล่านี้ก็จะถูกผลิตขึ้นในประเทศผู้ตาม กลไกที่ว่าจะนำไปสู่ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่อง และจากมุมมองของการเคลื่อนไหวนี้ประโยชน์จะเกิดขึ้นกับทั้งประเทศผู้นำ และ ผู้ตาม¹⁵

แม้เราจะอธิบายปรากฏการณ์หลายอย่างของทรัพย์สินทางปัญญาได้ด้วยทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ แต่โดยรวมแล้วผลกระทบจากระดับความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่มีต่ออัตราการไหลของการค้าแบบทวิภาคียังไม่มีความชัดเจน เพราะในอีกด้านหนึ่ง ซึ่งเป็นมุมมองของสวัสดิภาพที่หยุดนิ่ง สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาจะถูกมองว่าเป็นกลไกในการถ่ายโอนค่าเช่าทางเศรษฐศาสตร์ ซึ่งจะทำให้การจัดสรรการผลิตระดับนานาชาติเกิดการถดถอย การศึกษาส่วนใหญ่สรุปว่าประเทศผู้รับจะเป็นผู้สูญเสียจากความคุ้มครองที่เข้มงวดขึ้น¹⁶ แต่ผลประโยชน์จากธรรมชาติของการค้าที่มีการเคลื่อนไหวก็จะมีให้พบเห็นอยู่ โดยเฉลี่ยแล้ว ยังไม่มีอะไรยืนยันได้ว่าผลประโยชน์จากการเคลื่อนไหวนี้จะสามารถชดเชยการสูญเสียที่หยุดนิ่งในประเทศที่เพิ่มความเข้มงวดในระบบการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาของตนได้หรือไม่ และที่สำคัญการเพิ่มระดับความคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะทำให้สวัสดิภาพทางเศรษฐกิจของโลกดีขึ้น เนื่องจากการไหลของการค้าที่มากขึ้นจริงหรือไม่ สิ่งหนึ่งที่น่าจะทำให้ทฤษฎีทั้งหลายมองดูแย่มากก็คือ การที่ข้อคำนึงทางทฤษฎีทั้งหลายท้ายที่สุดก็ถูกครอบงำโดยข้อคำนึงทางเศรษฐศาสตร์การเมือง ซึ่งเดินไปในทิศทางชัดเจนที่ต้องการให้มีมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่สูงขึ้น¹⁷

¹⁴ อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 9

¹⁵ Fisch, Gerhard, and Bernd Speyer. 1995. "TRIPS as an Adjustment Mechanism in North-South Trade." *Intereconomics* (March–April): 65–69.

¹⁶ กรุณาตู Chin, Judith C., and Gene M. Grossman. 1988. "Intellectual Property Rights and North-South Trade." NBER Working Paper 2769. National Bureau of Economic Research, Cambridge, Mass. และ Deardorff, Alan V. 1992. "Welfare Effects of Global Patent Protection." *Economica* 59:35–51. และ Helpman, Elhanan. 1993. "Innovation, Imitation, and Intellectual Property Rights." *Econometrica* 61(6):1247–80.

¹⁷ Primo Braga, Carlos A. 1996. "Trade-Related Intellectual Property Issues: The Uruguay Round Agreement and Its Economic Implications." In Will J. Martin and L. Alan Winters, eds., *The Uruguay*

บรรดานักวิชาการอย่างแมกซ์ เวเบอร์ (Max Weber) และดักลาส นอร์ท (Douglass North) ให้ความเห็นว่าระบบทรัพย์สินทางปัญญานั้นมีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อทิศทางการพัฒนาเศรษฐกิจ แต่คำถามที่ค้างคาหลายยุคหลายสมัยเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาก็ยังไม่ได้รับคำตอบที่ชัดเจน และแน่นอนอยู่มากมาย ไม่ว่าจะเป็นการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร และลิขสิทธิ์นั้นเป็นการวางนโยบายที่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อการสร้างสรรค์ หรือการประดิษฐ์โดยอาศัยภูมิปัญญาจริงหรือ และเหตุผลเชิงปรัชญาของการคุ้มครองสิทธิบัตร และลิขสิทธิ์นั้นจะทำให้เกิดการตื่นตัวในทางบวกขึ้นในระบบการค้าโลกจริงหรือ ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาของประวัติศาสตร์แห่งสิทธิบัตร มันได้ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการอุ้มชูนวัตกรรมทางด้านเทคโนโลยีมากมาย ซึ่งการใช้กลไกสิทธิบัตรในสมัยหลายร้อยปีก่อนกับปัจจุบันยังคงเป็นไปในทิศทางเดียวกัน เพียงแต่อาจจะเพิ่มความรุนแรง และการบีบคั้นขึ้นเท่านั้น¹⁸

นักเศรษฐศาสตร์ในยุคศตวรรษที่ 19 ก็มีความคุ้นเคยกับคำถามหลายๆ อย่างเช่นเดียวกับนักเศรษฐศาสตร์ในยุคศตวรรษที่ 21 ที่เรากำลังอาศัยอยู่นี้ คำถามเหล่านั้นส่วนใหญ่เป็นข้ออ้างว่าแท้ที่จริงการมีระบบความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เป็นแบบแผนเดียวกัน (uniformity) จากประเทศหนึ่งสู่อีกประเทศหนึ่งจะเป็นผลดี หรือผลเสียต่อสวัสดิภาพของโลก และการละเมิดจะสร้างความได้เปรียบให้แก่ประเทศกำลังพัฒนาจริงหรือ¹⁹ ซึ่งคำถามเหล่านี้อาจจะไม่สามารถตอบได้ด้วยหลักทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เพียงอย่างเดียว หากแต่จะต้องพิจารณาถึงลักษณะการขับเคลื่อนทางเศรษฐกิจ ระบบความเป็นอยู่ และความจำเป็นของประชาชนในแต่ละประเทศ รวมถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี และมุมมองในการพัฒนา และสร้างศักยภาพให้กับประเทศของตนของประชาชนโดยรวม และของผู้วางนโยบายด้วย ซึ่งท้ายที่สุดเราอาจจะพบว่าสิ่งที่ให้คำตอบเราได้ดีที่สุด และเราควรจะต้องเดินตามก็คือ ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ เนื่องจากเป็นสิ่งที่วางอยู่บนพื้นฐานของการไม่มีอคติต่อปัจจัย หรือมุมมองใดๆ แต่ก่อนจะถึงเวลานั้นเราคงจะต้องใช้ทุกทฤษฎี และที่สำคัญที่สุดมุมมองการปฏิบัติจริงที่จะก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดกับประเทศชาติ และประชาชนโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเราต้องพิจารณาการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งเป็นการเคลื่อนตัวเข้าสู่โลกของการคุ้มครองแบบใหม่ที่เรายังไม่เคย และเป็นก้าวเดินที่ต้องระมัดระวัง เพราะอาจจะเหมือนกับการขึ้นไปนั่งบนสะพานลื่น (sliding slope) ที่เราอาจจะไม่สามารถหวนคืนกลับมาสู่จุดเดิมที่อาจจะจะเป็นจุดที่ดีอยู่แล้วได้

ในเรื่องของพัฒนาการทางด้านการวิจัยและพัฒนาที่เชื่อมโยงกับสิทธิบัตร และนวัตกรรมในสิ่งมีชีวิตนั้น มีหลักฐานเบื้องต้นที่จะนำไปสู่การวิเคราะห์ และข้อเสนอแนะที่อาจจะจะเป็นทางออกของการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งโดยทั่วไปแล้วในช่วงสองทศวรรษที่ผ่านมาการลงทุนในภาคสาธารณะ หรือภาครัฐนั้นลดลงไปเรื่อยๆ ในการวิจัยสาธารณะ (public research) หรือการวิจัยพื้นฐาน (basic

Round and the Developing Economies. Cambridge, U.K.: Cambridge University Press.

¹⁸ Khan, B. "An Economic History of Patent Institutions". EH.Net Encyclopedia, edited by Robert Whaples. February 19, 2006. URL: <http://eh.net/encyclopedia/article/khan.patents>

¹⁹ อ้างถึงแล้วในเชิงอรรถที่ 17

research) ในขณะที่การวิจัยในภาคเอกชนนั้นเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก²⁰ การสำรวจโดยสมาคมผู้จัดการเทคโนโลยีในมหาวิทยาลัย (Association of University Technology Managers – AUTM) พบว่ามหาวิทยาลัยวิจัยในสหรัฐอเมริกาทำรายได้กว่า 446 ล้านดอลลาร์สหรัฐจากค่าลิขสิทธิ์ (royalties) จากการประดิษฐ์ในช่วงปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นส่วนเพิ่มถึงร้อยละ 33 จากปี ค.ศ. 1996²¹ และตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 จนกระทั่งถึงปี ค.ศ. 1999 มีบริษัทไม่ต่ำกว่า 2,000 แห่งที่เกิดขึ้นใหม่ได้ด้วยการนำนวัตกรรมที่พวกเขาได้รับอนุญาตให้ใช้สิทธิ (license) มาจากสถาบันการศึกษาที่เป็นผู้สร้างสรรค์ออกสู่ตลาด²² ในช่วงปี ค.ศ. 2001 การลงทุนในการทำวิจัยและพัฒนาของสหรัฐ มาจากภาคเอกชนถึงสองในสาม²³

ในช่วงเวลาที่เกิดการเปลี่ยนแปลงดังว่านั้นระบบการคุ้มครองสิทธิบัตร และสิทธิในความเป็นเจ้าของ (proprietary rights) อื่นๆ ก็มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อส่งเสริมให้มีการแพร่กระจายองค์ความรู้ให้มากขึ้น และเพื่อให้ความสัมพันธ์ในลักษณะหุ้นส่วนระหว่างรัฐกับเอกชนเพิ่มขึ้น แนวทางใหม่นี้ส่งผลถึงการวิจัย และความเป็นเจ้าของในพันธุกรรมพืช และสัตว์ และแรงจูงใจที่แตกต่างกันระหว่างการวิจัยของภาครัฐ และภาคเอกชนก่อให้เกิดนัยสำคัญทางนโยบายต่อเกษตรกร ทั้งชาวไร่ และชาวปศุสัตว์ ซึ่งความเปลี่ยนแปลงนี้ส่งผลกระทบในวงกว้าง และมีแนวโน้มว่าจะมากขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการในการเยียวยาที่ดี เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายต่อวงการเกษตร โดยเฉพาะต่อเกษตรกรมากขึ้นไปอีก

ปัญหาที่เกิดขึ้นนั้นมีสาเหตุส่วนหนึ่งอันเป็นผลมาจากการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่สิ่งมีชีวิตทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นแบคทีเรีย เมล็ดพันธุ์ จนกระทั่งถึงสัตว์ในที่สุด เพราะการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนั้นไม่ได้มีข้อควรคำนึงแต่เฉพาะในทางเศรษฐศาสตร์ หรือนิติศาสตร์เท่านั้น หากแต่ยังต้องพิจารณาถึงการตอบคำถามในแง่จริยธรรม และศีลธรรมอีกด้วย ในยุคของการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนั้น เกษตรกร และผู้ผลิต รวมทั้งผู้วิจัยรายย่อยจะดำรงตนอยู่อย่างไรมิให้กลายเป็นเพียงส่วนประกอบส่วนหนึ่งของธุรกิจการเกษตรขนาดใหญ่ ซึ่งตนไม่สามารถที่จะกำหนดเจตจำนงของตนเองได้

²⁰ กรูณาตู Frey, K. 1996. National plant breeding study I: Human and financial resources devoted to plant breeding research and development in the United States in 1994. Special Report 98, Iowa Agricultural and Home Economics Experiment Station. และ Heisey, P.W., C.S. Srinivasan, and C. Thirtle. 2001. "Public Sector Plant Breeding in a Privatizing World." Resource Economics Division, Economic Research Service, U.S. Department of Agriculture. Agriculture Information Bulletin No. 772.

²¹ Association of University Technology Managers, Inc. (AUTM). 1997. AUTM Licensing Survey. <http://www.autm.net>

²² Council on Governmental Regulations. 1999. The Bayh-Dole Act: A guide to the law and implementing regulations. <http://www.cogr.edu/bayh-dole.htm>

²³ Mowery, D.C. 2001. "The changing role of universities in the 21st century United States research and development System." Remarks presented at the AAAS Colloquium on Science and Technology Policy. Washington, DC, May 2001. pp. 253-271.

ในประเด็นในเรื่องการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนี้ประเทศสหรัฐ จะเป็นตัวอย่างที่ใช้ในการพิจารณาเป็นหลักดังเช่นเรื่องอื่นๆ ที่ได้วิเคราะห์มาในการศึกษานี้ เนื่องจากเป็นประเทศที่เรียกร้องให้มีการขยายความคุ้มครองไปสู่สิ่งมีชีวิตทุกประเภท และเป็นประเทศที่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตกว้างขวางที่สุด จนอาจจะเรียกได้ว่าเต็มรูปแบบที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา และประเทศไทยเรา และจากข้อมูล รวมถึงความเป็นไปต่างๆ โดยเฉพาะในส่วน of คำพิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) ซึ่งจะสามารถนำมาใช้ในการสังเคราะห์ข้อเสนอแนะ หรือแนวทางการบริหารจัดการ รวมทั้งการเจรจาในเรื่องความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตของประเทศไทยต่อไป

ดังที่เป็นที่รู้กันว่าศาลฎีกาสหรัฐ นั้นได้เคยวางหลักเอาไว้ในคดี *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980) เมื่อปี ค.ศ. 1980 ว่าทุกสิ่งทุกอย่างภายใต้ดวงอาทิตย์ที่สร้างขึ้นโดยน้ำมือมนุษย์สามารถนำมาขึ้นจดสิทธิบัตรได้ ซึ่งจากผลของคำตัดสินในคดีนี้ทำให้มีการนำสิ่งมีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นจุลชีพ พืช หรือสัตว์ และส่วนหนึ่งส่วนใด รวมถึงเซลล์ ยีน และดีเอ็นเอของจุลชีพ พืช สัตว์ หรือแม้กระทั่งคน มาขึ้นขอจดสิทธิบัตรกันอย่างมากมาย ส่วนคดีที่จะนำมาเป็นตัวอย่างในการพิจารณาในการศึกษานี้จะเป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาลฎีกาสหรัฐ เมื่อปี ค.ศ. 2001 คดี *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.*, 534 U.S. 124 (2001) ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับปัญหาในการจดสิทธิบัตรพืช และเมล็ดพันธุ์ โดยศาลฎีกาสหรัฐ ในคดีนี้วางหลักที่สนับสนุนคำตัดสินของศาลฎีกาสหรัฐ เมื่อปี ค.ศ. 1980 ว่า สิ่งมีชีวิตทุกชนิด (all life forms) สามารถนำมาขึ้นขอจดสิทธิบัตรได้ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐฉบับปัจจุบัน

นัยยะของคำตัดสินของศาลฎีกาในคดี *J.E.M. Ag Supply, Inc. v. Pioneer Hi-Bred International, Inc.* นี่เป็นการตอกย้ำว่าสิ่งมีชีวิตทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นพืชไร่ พืชสวน หรือปศุสัตว์ รวมถึงโมเลกุลเครื่องหมาย เซลล์ ยีน และสิ่งอื่นๆ ที่เชื่อมโยงกับสารพันธุกรรมของสิ่งมีชีวิตก็อาจจะมีสิทธิบัตรคุ้มครองได้ ซึ่งผู้เป็นเจ้าของก็ย่อมมีสิทธิในอันที่จะห้ามการผลิต การขาย หรือการนำเข้าซึ่งผลิตภัณฑ์เหล่านั้น หากเกษตรกรรายใดต้องการที่จะผลิต ใช้ หรือขายบรรดาพืช หรือสัตว์ที่มีสิทธิบัตรทั้งหลายก็ต้องขออนุญาตจากเจ้าของ และปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เจ้าของนั้นได้วางเอาไว้ มิเช่นนั้นก็จะไม่มีโอกาสได้เข้าถึงพันธุกรรมที่ต้องการ

ภายใต้สถานการณ์เช่นว่า หากมองในแง่ของสัตว์ เกษตรกรสามารถเป็นเจ้าของวัวได้ แต่ไม่สามารถที่จะเลี้ยงวัวนั้นโดยไม่จ่ายค่าใช้สิทธิ หรือเรียกง่ายๆ ว่าค่าขอเลี้ยงวัว หากไม่จ่ายค่าใช้สิทธิดังกล่าว เกษตรกรก็อาจจะเสี่ยงต่อการโดนฟ้องข้อหาละเมิดสิทธิบัตร เมื่อเป็นเช่นนี้ระบบเศรษฐกิจแบบฟาร์มเดี่ยว หรือฟาร์มขนาดเล็กก็จะไม่สามารถดำรงอยู่ได้ หรืออยู่ได้ด้วยความลำบาก ยิ่งไปกว่านั้นสิทธิในความเป็นเจ้าของต่างๆ ในสัตว์ หรือผลผลิตของสัตว์นั้นก็ก็จะไม่มีความชัดเจนว่าเป็นของเกษตรกร หรือเป็นของเจ้าของสิทธิบัตรในสัตว์ดังกล่าว การตอยอดเพื่อทำการค้าต่อไปก็อาจจะไม่สามารถทำได้โดยไม่ขออนุญาตต่อเจ้าของสิทธิบัตรเดิม ซึ่งอาจจะเป็นการทำลายระบบการทำฟาร์มที่สืบทอดกันมาหลายชั่วคนของคนบางกลุ่ม

สถานการณ์นี้เกิดขึ้นในสหรัฐ แม้กระทั่งว่ากฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐ ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าจะให้ความคุ้มครองต่อสิ่งมีชีวิต หรือไม่ หากแต่เป็นศาลฎีกาสหรัฐ ที่ตีความกฎหมาย และ

วางหลักไว้ว่าสิ่งมีชีวิตใดๆ ก็ตามสามารถนำมายื่นขอจดสิทธิบัตรได้ โดยที่สภาองเกรส (Congress) ซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายที่แท้จริงก็ไม่ได้หวังดิ่ง หรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขอะไรในบทบัญญัติแห่งกฎหมายสิทธิบัตร นอกจากนั้นวงวิชาการในสหรัฐ ก็เชื่อต่อกันมาว่ากฎหมายสิทธิบัตรของสหรัฐให้ความสำคัญคุ้มครองครอบคลุมไปถึงสิ่งมีชีวิตหลากหลายชนิด หากไม่ใช่ทั้งหมดเช่นเดียวกับแนวคำพิพากษา ดังนั้นหากประเทศไทยยอมตามข้อเรียกร้องของสหรัฐ ในเรื่องความคุ้มครองสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต เราก็ไม่ต้องรอคำพิพากษาจากศาลฎีกา เพื่อใช้ในการตีความกฎหมาย เพราะกฎหมายก็จะมีผลชัดเจนในตัวเองอยู่แล้วว่าให้ความสำคัญคุ้มครองต่อสิ่งมีชีวิตทุกชนิด ไม่ว่าจะเป็นจุลชีพ ซึ่งให้ความสำคัญคุ้มครองอยู่แล้วโดย พ.ร.บ. สิทธิบัตร ฉบับปัจจุบัน รวมถึงพืช และสัตว์

สิ่งที่จะต้องขบคิดสำหรับประเทศไทย เมื่อพิจารณาจากคำตัดสินของศาลฎีกาสหรัฐ รวมไปถึงทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ที่กล่าวไปในเบื้องต้นก็คือ

1. การอนุญาตให้มีการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะพืช และสัตว์จะทำให้ฐานทรัพยากรพันธุกรรมเหล่านี้ไปตกอยู่ในมือของเอกชน โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติเป็นส่วนใหญ่
2. นักปรับปรุงพันธุ์พืช และสัตว์จะสูญเสียศักยภาพในการเข้าถึงฐานพันธุกรรม เนื่องจากความเป็นเจ้าของในพันธุกรรมอยู่กับภาคเอกชน
3. งานวิจัยของภาครัฐอาจจะเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของเจ้าของสิทธิบัตรมากกว่า เพื่อตอบสนองความต้องการของเกษตรกร
4. นักปรับปรุงพันธุ์พืช และสัตว์ รวมถึงเกษตรกรหัวก้าวหน้าที่สามารถปรับปรุงพันธุ์เองได้ในระดับหนึ่ง จะสูญเสียความสามารถในการแข่งขัน เนื่องจากถูกกีดกันโดยระบบสิทธิบัตร
5. ระบบการเกษตรทั้งหมดอาจจะถูกผูกขาดโดยกลุ่มบริษัทที่เป็นเจ้าของสิทธิบัตรมากที่สุด ซึ่งโดยทั่วไปน่าจะเป็นกลุ่มบริษัทข้ามชาติ ซึ่งจะแข่งขันกันเอง โดยอาศัยเกษตรกรเป็นสนามประลอง

เมื่อพิจารณาประเด็นทั้งหลายเหล่านี้ผนวกกับข้อมูลเชิงสถิติที่ปรากฏอยู่ในภาคผนวก 1 ถึงภาคผนวก 4 ท้ายการศึกษาจะพบว่าปริมาณการจดสิทธิบัตรในประเทศอุตสาหกรรมต่างๆ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐ ในเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ พืช หรือสัตว์ หรือในตัวพืช หรือสัตว์เองนั้นมีจำนวนมาก และมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ดังนั้นหากประเทศไทยเปิดให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืช และสัตว์ บริษัทจากประเทศเหล่านี้ โดยเฉพาะจากสหรัฐ ก็จะหลั่งไหลเข้ามาจดสิทธิบัตรพืช และสัตว์ในประเทศไทยกันอย่างมากมาย ซึ่งเมื่อมองโดยทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์แล้ว อาจจะก่อให้เกิดผลดีต่อประเทศไทยในฐานะเป็นประเทศผู้รับ หรืออาจจะก่อให้เกิดความเสียหายก็ล้วนแล้วแต่จะเป็นได้ ดังนั้นเพื่อป้องกันผลกระทบในเชิงลบ เราจะต้องวางมาตรการเตรียมการไว้ ซึ่งคงจะไม่ใช่เพียงการปฏิเสธการให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตเท่านั้น เนื่องจากโดยระบบเศรษฐกิจในโลกปัจจุบัน ท้ายที่สุดอาจจะเป็นการยากที่ประเทศไทยเราจะปฏิเสธการให้ความสำคัญคุ้มครองดังกล่าว

2.3 ด้านกฎหมาย และสังคม: การฟ้องร้องดำเนินคดี และการเก็บรักษาพันธุ์

ประเด็นเกี่ยวกับสิทธิบัตรกับการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตในประเทศไทยนั้นอาจจะยังไม่ค่อยมีความชัดเจนในทางปฏิบัติ แต่ในหลายๆ ประเทศอย่างเช่น สหรัฐ และแคนาดานั้นมีประเด็นที่ขึ้นสู่การ

พิจารณาของศาลอยู่หลายเรื่องที่จะหยิบยกมาเป็นตัวอย่างเพื่อเป็นกรณีศึกษาให้พิจารณาว่าประเทศไทยควรหรือไม่ที่จะมีการขยายแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรให้มีการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตทุกรูปแบบ และหากมีการให้ความคุ้มครองที่ครอบคลุมสิ่งมีชีวิตทุกชนิดเช่นนั้นจริงจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างไรบ้าง ซึ่งสิ่งมีชีวิตที่จะมีการนำมาจดสิทธิบัตรไว้นั้น หากพิจารณาจากความเป็นไปในส่วนอื่นๆ ของโลก ไม่ว่าจะเป็นญี่ปุ่น สหรัฐฯ หรือสหภาพยุโรป ส่วนใหญ่มักจะเป็นสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมในรูปแบบต่างๆ รวมถึงส่วนประกอบอื่นๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับโครงสร้างทางพันธุกรรมหลากหลายรูปแบบ เช่น องค์ประกอบของยีน หรือสารดีเอ็นเอ

ประเทศไทยควรจะนำประสบการณ์จากตัวอย่างที่ค่อนข้างชัดเจนในเรื่องของผลกระทบ โดยเฉพาะในทางลบมาพิจารณาเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาว่าควรจะได้รับ หรือไม่รับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ที่ให้ขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิต จากนั้นจะต้องนำมาซึ่งดวงดลกับผลกระทบในทางบวกที่จะเกิดขึ้นได้จากการมีความคุ้มครองสิทธิบัตรที่ขยายไปสู่พืช และสัตว์ ซึ่งโดยรวมอาจจะต้องวิเคราะห์แยกแยะในรายละเอียดของสิ่งมีชีวิตแต่ละชนิด รวมไปถึงสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมแต่ละประเภท หรือที่เกิดขึ้นโดยเทคนิคที่แตกต่างกันว่าควรจะได้รับ การเปิดประตูให้ความคุ้มครองหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ ตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศแคนาดา ที่มีประเด็นขึ้นสู่การพิจารณาของศาลที่น่าจะนำมาใช้ในการวิเคราะห์เพื่อพิจารณาผลดี-ผลเสียในเรื่องของสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิตนั้น เป็นเรื่องเกี่ยวกับหนูแปลงพันธุ์ของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด (Harvard's mouse)

คำตัดสินของศาลฎีกาแคนาดา (Canadian Supreme Court) ในคดี Harvard College vs. Canada เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 2002 น่าจะถือได้ว่าทำให้ประเทศแคนาดาเป็นประเทศอุตสาหกรรมประเทศเดียวที่ไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูง (Higher life forms) คดีนี้เป็นเรื่องที่ยืดเยื้อมานานถึง 17 ปี โดยมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดได้ขอถือสิทธิในหนูซึ่งมีการตัดแต่งพันธุกรรมให้มีหน่วยพันธุกรรมที่ก่อให้เกิดมะเร็ง (cancer-promoting gene or oncogene) ทั้งนี้ oncomouse ดังกล่าวได้รับสิทธิบัตรในสหรัฐฯ ตั้งแต่ ค.ศ. 1988 และยังได้รับสิทธิบัตรในหลายๆ ประเทศในยุโรป รวมไปถึงออสเตรเลีย และญี่ปุ่น โดยสิทธิบัตรทั้งหลายที่ฮาร์วาร์ดได้รับนั้นให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวแก่ทางมหาวิทยาลัยในอันที่จะสร้าง หรือผลิต ใช้ และจำหน่ายหนูตัดแปลงพันธุ์ดังกล่าว ซึ่งทางมหาวิทยาลัยได้อนุญาตให้บริษัทดูปอง (Dupont) เป็นผู้ทำการจำหน่ายให้แก่ห้องปฏิบัติการ (Laboratory) ที่ประสงค์จะใช้หนูในการทำการทดลอง และวิจัย

ในสิทธิบัตรฉบับดังกล่าวนั้นสิ่งที่ทางฮาร์วาร์ดอ้างสิทธิรวมถึงกรรมวิธีในการทำหนูที่มี oncogene และตัวหนูเอง รวมทั้งลูกหลานของมัน นอกจากนั้นยังขยายข้อถือสิทธิดังกล่าวไปถึงสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมทุกชนิดที่ไม่ใช่มนุษย์อีกด้วย ซึ่งตามปกติแล้วระบบสิทธิบัตรของประเทศแคนาดาให้ความคุ้มครองแก่สิ่งมีชีวิตเซลล์เดียวจำพวก ยีสต์ และแบคทีเรีย นอกจากนั้นยังให้ความคุ้มครองไปถึงหน่วยพันธุกรรม และกลุ่มของเซลล์ (cell lines) ต่างๆ แต่การอ้างสิทธิในแง่ของสิ่งมีชีวิตอื่นๆ ที่มีความสลับซับซ้อนกว่านั้น ศาลฎีกาของแคนาดามีแนวคำตัดสินว่าเป็นเรื่องที่ต่างกันอย่างสิ้นเชิง ทำให้ข้อพิพาทในเรื่อง oncomouse จบลง

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะไม่ได้สิทธิบัตรในตัว oncomouse มหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดก็ได้รับสิทธิบัตรใน oncogene และกรรมวิธีที่เกี่ยวข้องกับ oncomouse จากสำนักงานสิทธิบัตรแคนาดาเมื่อ ค.ศ. 1993

จากนั้นก็ได้มีการอุทธรณ์สู่คณะกรรมการสิทธิบัตร (Commissioner of Patents) ซึ่งก็ยื่นตามการพิจารณาของสำนักงานสิทธิบัตรเมื่อ ค.ศ. 1995 จากนั้นคดีก็ขึ้นสู่ศาลชั้นต้น โดยศาลชั้นต้นยกคำขออุทธรณ์ของมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ดไปเมื่อ ค.ศ. 1998 แต่เมื่อฮาร์วาร์ดอุทธรณ์เรื่องนี้ไปสู่ศาลอุทธรณ์ ศาลดังกล่าวกลับคำพิจารณาของศาลชั้นต้นโดยให้ความคุ้มครองแก่ทั้งกรรมวิธีที่เกี่ยวกับ oncomouse และตัวหนูเองด้วยเมื่อ ค.ศ. 2000 แต่เมื่อคดีถูกอุทธรณ์ขึ้นสู่ศาลฎีกา คำตัดสินของศาลอุทธรณ์ก็ถูกกลับเมื่อ ค.ศ. 2002 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว โดยศาลฎีกาตัดสินว่าการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดานั้นไม่รวมถึงสิ่งมีชีวิตชั้นสูง (higher life forms) เพราะสิ่งมีชีวิตดังกล่าวไม่สามารถถูกถือว่าเป็นการรวมตัวกันของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (composition of matter) ได้ตามที่กฎหมายของแคนาดาบัญญัติให้มีการคุ้มครองไว้

ศาลให้เหตุผลว่าการรวมตัวของสิ่งใดสิ่งหนึ่งนั้นสามารถนำมาใช้กับสิ่งมีชีวิตชั้นต่ำลงไปได้ (lower life forms) แต่ไม่อาจนำมาใช้กับสัตว์เลี้ยงลูกด้วยนมอย่างหนู หรือสัตว์ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิตชั้นสูงได้ ศาลระบุว่าจนกว่ารัฐสภาจะออกกฎหมายมาเป็นอย่างอื่นต้องถือว่าการตีความกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดานั้นไม่รวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูง หากแต่เป็นเพียงการให้ความคุ้มครองแก่สิ่งมีชีวิตชั้นต่ำลงไปซึ่งจะอาจถือว่าเป็นการรวมตัวกันของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (composition of matter) ได้ ดังนั้นเมื่อเราพิจารณาตามคำตัดสินของศาลดังกล่าวก็จะพบว่าประเทศแคนาดานั้นให้การคุ้มครองสิทธิบัตรแก่จุลชีพ ซึ่งถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิตชั้นต่ำ ส่วนสัตว์นั้นไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างชัดเจน ซึ่งเป็นประเด็นต้องขบคิดต่อไปก็คือ พืช โดยเฉพาะพืชที่เป็นสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมจะได้รับความคุ้มครองหรือไม่ คำตอบเรื่องนี้น่าจะอยู่ในคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser ที่ศาลฎีกาแคนาดาตัดสินไปเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม ค.ศ. 2004

ศาลวางหลักไว้ในคำตัดสินคดีดังกล่าวโดยยืนยันส่วนหลักในทิศทางเดียวกับคำตัดสินในคดี Harvard College vs. Canada โดยระบุว่าสิ่งมีชีวิตชั้นสูงนั้นไม่ได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรแคนาดา ซึ่งสิ่งมีชีวิตชั้นสูงที่เวลานี้ศาลมองว่ารวมถึงทั้งสัตว์ และพืช เนื่องจากคดี Harvard College vs. Canada นั้นศาลฎีกาได้ตัดสินว่าสัตว์ หรือสัตว์ตัดแต่งพันธุกรรมไม่ถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิของการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตร ส่วนคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser นี้เป็นเรื่องของพืชน้ำมันที่เรียกว่าคาโนลา (canola) ซึ่งศาลถือว่าเป็นสิ่งมีชีวิตชั้นสูงที่ไม่ได้รับความคุ้มครอง แต่ยีนที่ได้รับการดัดแปลง หรือแยกออกมาจากเซลล์ หรือสิ่งมีชีวิต (modified or isolated gene) หรือเซลล์ที่มียีนดังกล่าวเป็นส่วนประกอบ ซึ่งเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองนั้นสามารถส่งผลให้เจ้าของสิทธิบัตรในยีนหรือเซลล์นั้นได้รับความคุ้มครองเหนือพืชที่มียีน หรือเซลล์ที่มีสิทธิบัตรนั้นอยู่ภายในไปด้วย ดังนั้นถึงแม้ว่าสัตว์ และพืชจะไม่ถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดา แต่การใช้พืช หรือสัตว์เหล่านั้นอาจจะกลายเป็นการละเมิดสิทธิบัตรก็เป็นได้ เนื่องจากส่วนหนึ่งของคำตัดสินของศาลฎีกาในคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser ระบุว่า การละเมิดนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นผลมาจากการใช้ยีน หรือเซลล์ที่มีสิทธิบัตรโดยตรงในสภาพที่ถูกแยกออกมา (isolated form) หากแต่การใช้พืชที่มียีน หรือเซลล์ที่มีสิทธิบัตรอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าของสิทธิบัตรก็ถือว่าเป็นการละเมิดสิทธิบัตรในเซลล์ หรือยีนนั้นได้เช่นกัน

เนื้อหาของคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser เป็นเรื่องที่เป็นตัวอย่างได้ชัดเจนในเรื่องของผลกระทบที่จะมีต่อเกษตรกรในประเด็นการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต ซึ่งจะทำให้เห็นว่าแม้ประเทศแคนาดาจะไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่พืช หรือสัตว์โดยตรง แต่ผลของการที่พืชที่มียีน หรือเซลล์ที่จดสิทธิบัตรไว้ถูกนำไปใช้โดยไม่ได้รับอนุญาตก็ยังคงกลายเป็นการละเมิด โดยผู้เป็นจำเลยนั้นคือเกษตรกร ซึ่งเนื้อหาของคดีนี้เป็นประเด็นที่เกี่ยวกับพืชแปลงพันธุ์ ซึ่งบริษัทมอนซานโต้เป็นเจ้าของสิทธิบัตรในพันธุกรรมที่ได้สอดใส่เข้าไปในพืชน้ำมันที่เรียกว่าคาโนลา (canola) ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ยังผลให้พืชคาโนลานั้นมีความต้านทานต่อยากำจัดวัชพืชไกลโฟเสท (glyphosate herbicide) ทั้งนี้เรื่องราวมาสู่ศาลก็เนื่องจากว่าบริษัทมอนซานโต้จะอนุญาตให้เฉพาะเกษตรกรที่มีสัญญาอนุญาตให้ใช้สิทธิกับทางบริษัทเท่านั้นทำการเพาะปลูกพืชคาโนลาดังกล่าว

ปรากฏว่านายชไมเซอร์ (Schmeiser) ซึ่งไม่ได้เป็นผู้รับอนุญาตกลับทำการเพาะปลูกพืชคาโนลา ตัดแต่งพันธุกรรมที่เป็นปัญหานี้ แต่การที่พืชดังกล่าวไปอยู่ในแปลงของนายชไมเซอร์ได้นั้นเขาอ้างว่ามันไปตกอยู่ในที่ของเขาโดยเขาไม่ได้นำเอามันมาเพาะปลูก ว่าโดยรวบรัดก็คือ พืชนั้นมาขึ้นเองในแปลงของเขา แต่เนื่องจากมันมีคุณสมบัติที่ดีก็จึงได้ปลูกต่อมาโดยไม่ตั้งใจ หรือโดยไม่รู้ว่ามันเป็นพืชคาโนลาที่ได้รับ ความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรอยู่ เนื่องจากเป็นผลิตภัณฑ์ที่ถูกอ้างสิทธิไว้ในสิทธิบัตรแคนาดาหมายเลข 1,313,830

คดีนี้ได้ดำเนินมาจนกระทั่งมาถึงศาลฎีกา²⁴ แล้วมาจบลงเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม 2547 โดยคำตัดสินอย่างไม่เป็นเอกฉันท์ 5 ต่อ 4 ระบุว่านายชไมเซอร์ และวิสาหกิจ (Schmeiser Enterprise) ของเขา

²³ The Respondents are the owner and licensee respectively of Canadian patent number 1,313,830, entitled "Glyphosate-Resistant Plants", issued on February 23, 1993 and expiring on February 23, 2010. Since 1996, canola seed containing the inserted gene has been produced in Canada under license from the Respondents and marketed to farmers under the trade name "Roundup Ready Canola", reflecting its resistance to the glyphosate based herbicide "Roundup" manufactured by the Respondents. A farmer who wishes to grow Roundup Ready Canola must enter into a licensing agreement called a Technology Use Agreement (TUA). The Appellant Percy Schmeiser has been farming in Saskatchewan for approximately 50 years and has grown canola since the 1950's. Schmeiser Enterprises Ltd. is a corporation of which he and his wife are the only shareholders and directors, and to which Mr. Schmeiser assigned his farming business in 1996. His last purchase of canola seed before trial was in 1993. The uncontradicted evidence of Mr. Schmeiser was that he has never purchased Roundup Ready Canola and has never signed a TUA relating to Roundup Ready Canola.

In 1996, there were five growers in the area who grew Roundup Ready Canola under license. One grew Roundup Ready Canola on a field diagonally adjacent to one of Mr. Schmeiser's fields of canola. In late June or early July of 1997, Mr. Schmeiser and his employee Carlyle Moritz hand sprayed Roundup as a normal weed control practice around power poles and in the ditches along the roadway bordering four of Mr. Schmeiser's fields. Several days later, a large number of canola plants had survived and Mr. Schmeiser conducted a field test on three acres. Approximately 60% of the canola plants survived in clumps, thickest near the road and thinner as one moved into the field.

Experts for the parties conducted a number of tests on the canola plants growing beside the subject field in 1997, some seeds from those plants, canola plants growing in all the Schmeiser fields in 1998, and samples of seed retained by the mill that mixed Schmeiser Enterprises Ltd.'s seed in the spring of 1998. The tests indicated the

ได้ทำการละเมิดสิทธิบัตรของบริษัทมอนซานโต้ โดยศาลให้เหตุผลว่าสิทธิที่เกิดขึ้นจากสิทธิบัตรในหน่วยพันธุกรรม หรือยีนนั้นขยายไปถึงตัวสิ่งมีชีวิตที่มียีนนั้นอยู่ด้วย ดังนั้นการเก็บเมล็ดของพืชซึ่งทราบว่ามียีนที่มีสิทธิบัตรคุ้มครองอยู่โดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้เป็นเจ้าของยีนดังกล่าวจึงถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

คำตัดสินของศาลอยู่บนพื้นฐานของการตีความกฎหมายสิทธิบัตรอย่างกว้าง (Broad interpretation) ว่าพืชนั้นประกอบขึ้นจากการรวมตัวกันของสิ่งใดสิ่งหนึ่ง (composition of matter) ซึ่งในที่นี้คือ ยีนที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้ เหมือนการนำเอาตัวต่อที่เรียกว่า เลโก้ (Lego) มาประกอบเข้าด้วยกัน²⁵ ทำให้เจ้าของยีนที่ได้รับการจดสิทธิบัตรไว้มีสิทธิผูกขาด (Monopoly rights) เหนือสิ่งมีชีวิตที่มียีนดังกล่าวอยู่ ไม่ว่ายีนดังกล่าวจะเข้าไปอยู่ในพืชนั้นได้อย่างไร เช่นเดียวกับการที่โครงสร้างใดๆ ที่ประกอบขึ้นจากตัวเลโก้ต่อกันก็ถือเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายสิทธิบัตรเช่นกัน หากตัวเลโก้แต่ละตัวเป็นสิ่งที่ได้จดสิทธิบัตรไว้ ซึ่งเสียงข้างมากของคณะผู้พิพากษาระบุว่าถึงแม้พืชดังกล่าวจะไม่มีสิทธิบัตรอยู่ แต่การมียีนที่มีสิทธิบัตรอยู่ในพืชก็ทำให้ยีนนั้นได้รับการปกป้องเมื่อมีผู้นำพืชไปปลูก พืชนั้นจึงกลายเป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดาไปโดยปริยาย ศาลระบุเพิ่มเติมว่าประเด็นสำคัญไม่ได้อยู่ที่ชไมเซอร์ตั้งใจจะปลูกเมล็ดพันธุ์พืชคาโนลานั้นลงไปในแปลงของเขาหรือไม่ แต่อยู่ที่ว่านายชไมเซอร์ได้กระทำความผิดแล้วโดยการเพาะปลูกพืชที่มียีนของมอนซานโต้ในตัวมัน

ภายหลังคำตัดสินในคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser คณะกรรมการบริหารสภาหอการค้าลอนดอน (The Board of Directors of the London Chamber of Commerce) ได้ยื่นหนังสือให้กับสภาหอการค้าแคนาดา (Canadian Chamber of Commerce) เพื่อให้นำเสนอต่อภาครัฐ หรือรัฐบาลแคนาดาต่อไปในเรื่องของสิทธิบัตรสิ่งมีชีวิต คณะกรรมการบริหารสภาหอการค้าลอนดอนมองว่าจากคำตัดสินทั้งในคดี Harvard College vs. Canada และ คดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser ทำให้แคนาดากลายเป็นประเทศอุตสาหกรรมประเทศเดียวในโลกที่ไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูง ในขณะที่คู่ค้า และคู่แข่งในการลงทุนอื่นๆ ของแคนาดา ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และญี่ปุ่น ต่างก็มีกฎหมายสิทธิบัตรที่ให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงพืช และสัตว์

presence of the patented gene. The trial Judge found that certain claims of the patent had been infringed and he granted the Respondents an injunction, an order for delivery up and an award of damages against Schmeiser Enterprises Ltd. in the amount of \$19,832, representing the trial judge's accounting of profits. The Appellants appealed and the Respondents cross-appealed, eventually limiting their cross-appeal to a claim that the award of damages was too low. The Court of Appeal dismissed the appeal and the cross-appeal.

²⁵ The Supreme Court of Canada found that Schmeiser was infringing Monsanto's patent. The Court was split 5-4. The majority dismissed Schmeiser's argument, finding that the entire genetically modified plant infringed the claims to the gene and cells. The following analogy was used: "If an infringing use were alleged in building a structure with patented Lego blocks, it would be no bar to a finding of infringement that only the blocks were patented and not the entire structure. If anything, the fact that the Lego structure could not exist independently of the patented blocks would strengthen the claim, underlining the significance of the patented invention to the whole product, object, or process."

สภาหอการค้าลอนดอนชี้ให้เห็นว่าในปี ค.ศ. 2004 แคนาดาถือเป็นอันดับหนึ่งในโลกในเรื่องค่าใช้จ่ายต่อหัวของลูกจ้างในเรื่องการวิจัยและพัฒนาในด้านเทคโนโลยีชีวภาพ ถือเป็นอันดับสองด้านจำนวนบริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพ และอันดับสามในเรื่องการสร้างผลตอบแทนจากเทคโนโลยีชีวภาพ นอกจากนั้นอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพของแคนาดายังมีลูกจ้างที่เป็นแรงงานมีฝีมือทั้งนั้นอยู่ถึง 12,000 คน ในปี ค.ศ. 2003 ค่าใช้จ่ายในการวิจัยและพัฒนาในด้านเทคโนโลยีชีวภาพของแคนาดาอยู่สูงกว่า 868 ล้านดอลลาร์สหรัฐ จำนวนบริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพอยู่ที่ 470 แห่ง และผลตอบแทนอยู่ที่ 2.4 พันล้านเหรียญสหรัฐ บริษัทด้านเทคโนโลยีชีวภาพส่วนใหญ่เป็นอุตสาหกรรมขนาดเล็กจนถึงขนาดกลาง (Small and Medium Enterprises – SMEs) หากไม่มีความคุ้มครองสิทธิบัตร บริษัทเหล่านี้จะไม่สามารถกระตุ้นความต้องการลงทุน และไม่สามารถประกันความเสี่ยงในการลงทุนซึ่งอาจจะใช้เวลา 7 – 10 ปีได้ ถ้าวางหันไปดูประเทศอื่นๆ แคนาดาอาจจะพบว่าบริษัทขนาดเล็กและขนาดกลางทั้งหลายอาจจะไม่ได้พึ่งพาผลิตภัณฑ์ของพวกเขา หากแต่เป็นสิทธิบัตรที่พวกเขาถืออยู่ที่เป็นสิ่งที่มีคุณค่าอย่างแท้จริง

นอกจากนั้นสภาหอการค้าลอนดอนยังมองว่าคำตัดสินของศาลฎีกาแคนาดาที่ระบุว่าทำให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนั้นมีประเด็นด้านศีลธรรม และจริยธรรมที่ต้องคำนึงถึงค่อนข้างมากนั้นเป็นความเห็นที่ถูกต้อง เนื่องจากระบบสิทธิบัตรไม่ใช่ระบบที่แยกตัวออกจากศีลธรรม จริยธรรม และสิ่งแวดล้อม ซึ่งอันที่จริงก็คงจะไม่มีระบบอะไรในโลกที่แยกตัวออกจากสิ่งเหล่านี้ได้ แต่ระบบสิทธิบัตรเองไม่ได้เป็นตัวกำหนด หรือเป็นเครื่องมือที่จะใช้ชีวิตข้อคำนึงในทางสังคม ศีลธรรม หรือจริยธรรม โดยสภาหอการค้าลอนดอนอ้างว่ามุมมองนี้ได้รับการสนับสนุนโดยคณะทำงานด้านการรายงานเกี่ยวกับเทคโนโลยีชีวภาพขององค์การความร่วมมือด้านเศรษฐกิจและการพัฒนา (Working Party on Biotechnology Report, Organization for Economic Cooperation and Development – OECD)

มุมมองของสภาหอการค้าลอนดอนนั้นไม่ได้ให้ปฏิเสธเรื่องเกี่ยวกับศีลธรรม และจริยธรรม หรือเรื่องที่เป็นประเด็นทางสังคมทั้งหลายที่เชื่อมโยงกับสิทธิบัตร แต่สารัตถะด้านสังคม สิ่งแวดล้อม ศีลธรรม และจริยธรรมนั้นไม่ได้เกิดขึ้นจากตัวสิทธิบัตร หรือการมีความคุ้มครองสิทธิบัตร หากแต่เป็นการนำการประดิษฐ์ตามสิทธิบัตรมาใช้ ดังนั้นการไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูงบนพื้นฐานของจริยธรรม หรือศีลธรรมย่อมไม่สามารถที่จะห้ามผู้ประดิษฐ์จากการนำสิ่งมีชีวิตชั้นสูงไปใช้ในทางที่ขัดต่อหลักจริยธรรม หรือผิดหลักศีลธรรมได้ แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องศีลธรรม และจริยธรรม หรือแม้กระทั่งเรื่องสิ่งแวดล้อมควรจะต้องได้รับการบรรจุไว้ในกฎหมาย กฎ ระเบียบ หรือข้อบังคับที่เกี่ยวกับการใช้ และการแสวงหาประโยชน์จากสิ่งมีชีวิตชั้นสูง เนื้อหาทำนองนี้ไม่ควรจะต้องถูกพิจารณาใช้ขึ้นของการจดสิทธิบัตร โดยผู้พิจารณาคือ ผู้ตรวจสอบสิทธิบัตรซึ่งได้รับการฝึกฝนมาให้เป็นนักวิทยาศาสตร์ และนักเทคนิค

สภาหอการค้าลอนดอนตั้งข้อสังเกตว่าบทบัญญัติ และความคุ้มครองภายใต้กฎหมายของแคนาดานั้นดูจะเป็นเรื่องที่สวนทางกับพัฒนาการของอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพของประเทศ หากแคนาดายังคงดำรงไว้ซึ่งแนวความคิดการให้สิทธิบัตรดังเช่นที่ศาลฎีกาได้วางหลักเอาไว้ในคดี Harvard College vs. Canada และ คดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser จะทำให้กฎหมายสิทธิบัตรของแคนาดานั้นแตกต่างจากประเทศคู่ค้าอื่นๆ ที่อยู่ในระนาบเดียวกัน อันจะทำให้แคนาดากลายเป็นประเทศ

ที่ไม่นำลงทุนด้านอุตสาหกรรมเทคโนโลยีชีวภาพ และบริษัทต่างๆ ก็จะเริ่มหาแหล่งลงทุนใหม่ ยิ่งไปกว่านั้นการที่แคนาดาไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตชั้นสูงอาจจะถูกมองจากมุมมองของการเมืองระหว่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศคู่ค้าว่าเป็นการแข่งขันอันไม่เป็นธรรม เนื่องจากประเทศแคนาดาสามารถใช้การประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิตชั้นสูงของประเทศอื่นๆ ได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายใดๆ (free ride) เนื่องจากการประดิษฐ์เหล่านั้นถึงแม้จะได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศคู่ค้าเหล่านั้น แต่กลับไม่ได้รับความคุ้มครอง และใครๆ ก็สามารถใช้ได้ ในแคนาดา

สภาหอการค้าลอนดอนจึงแนะนำให้สภาหอการค้าแคนาดานำเรื่องเสนอต่อรัฐบาลให้

1. มีการแก้ไขกฎหมายสิทธิบัตรเพื่อขยายความคุ้มครองไปสู่สิ่งมีชีวิตชั้นสูง เพื่อให้สัตว์ และพืชเป็นวัตถุแห่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรอย่างชัดเจน

2. ประเด็นทางสังคม ศีลธรรม จริยธรรม สิ่งแวดล้อม และอื่นๆ ควรจะได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย หรือสิ่งที่มีสภาพบังคับเยี่ยงกฎหมายอื่นๆ ที่มุ่งโดยตรงต่อการกำกับดูแล และควบคุมการใช้ และการแสวงหาประโยชน์จากการประดิษฐ์ด้านเทคโนโลยีชีวภาพ เช่น การประดิษฐ์ที่เป็นสิ่งมีชีวิตชั้นสูง เรื่องราวเหล่านี้ไม่ควรจะถูกบัญญัติไว้ในตัวกฎหมายสิทธิบัตรเอง

3. ในฐานะที่เป็นประเทศผู้ส่งออกที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลกทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพ รัฐบาลแคนาดาควรที่จะพิจารณานโยบายของประเทศคู่ค้า รวมถึงประเทศอุตสาหกรรมอื่นๆ บนเวทีโลก ประกอบกับความต้องการของผู้ลงทุน เพื่อให้การปฏิบัติทั้งหลายเป็นไปในแนวทางเดียวกัน โดยสอดคล้องกับแนวทางของเวทีโลกในเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรทั้งหลายด้วย

จากตัวอย่างของแคนาดา เราจะพบว่าแม้กฎหมายสิทธิบัตรของประเทศไทยจะยังไม่ขยายไปให้ความคุ้มครองแก่พืช และสัตว์ไม่ว่าจะเป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม หรือที่ไม่ใช่สิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรมก็ตาม สิ่งมีชีวิตเหล่านี้ก็อาจจะได้รับความคุ้มครองได้ หากมีการตีความกฎหมายเช่นเดียวกับศาลฎีกาแคนาดาในคดี Monsanto Canada Inc. vs. Schmeiser แต่หากมีการขยายสิทธิบัตรไปสู่สิ่งมีชีวิตที่ศาลฎีกาแคนาดาเรียกว่าสิ่งมีชีวิตชั้นสูง ซึ่งได้แก่ พืช และสัตว์ คดีที่ขึ้นสู่ศาลไทยก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการตีความเนื่องจากถ้ากฎหมายสิทธิบัตรให้ความคุ้มครองพืช และสัตว์ด้วย ก็จะชัดเจนอยู่แล้วว่า สิ่งเหล่านี้ย่อมเป็นวัตถุแห่งสิทธิของความคุ้มครอง

สิ่งที่ต้องขบคิดก็คือ ประเทศไทยของเราพร้อมแล้วหรือไม่ที่จะรับข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาที่ให้เราขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่สิ่งมีชีวิตทั้งพืช และสัตว์ หากพิจารณาการจดสิทธิบัตรพืชในสหรัฐ ในภาคผนวก 3 เราจะพบว่าปริมาณค่อนข้างสูงในแต่ละปี ยิ่งถ้าพิจารณาบรรดาการประดิษฐ์ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งมีชีวิตทั้งหลายในภาคผนวก 2 ยิ่งจะเห็นการจดสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิต และการประดิษฐ์ทางด้านเทคโนโลยีชีวภาพนั้นมีปริมาณสูงมาก หากประเทศไทยเปิดรับการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตก็เท่ากับเปิดให้ทุกประเทศ อย่างน้อยก็ภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลกทั้งหมด ไม่ใช่แต่เพียงสหรัฐเท่านั้น ดังนั้นเราจึงควรชะลอการขยายความคุ้มครองไว้ก่อน เพื่อให้มีการทำวิจัยในเชิงปริมาณ (quantitative analysis) หรือการพิจารณาทางสถิติ ซึ่งจะช่วยให้เห็นชัดว่าในที่สุดหากเปิดการคุ้มครองตามที่สหรัฐ เรียกร้องมานั้นเราอาจจะกลายเป็นให้ความคุ้มครองต่อบริษัทจากต่างชาติ จนบริษัทนักวิจัย และเกษตรกรไทยไม่สามารถที่จะทำ หรือแม้กระทั่งไปเกี่ยวข้องกับการวิจัยและพัฒนา

เทคโนโลยีชีวภาพได้เลยก็เป็นได้ ซึ่งวันหนึ่งข้างหน้าเราอาจจะหลีกเลี่ยงไม่พ้นจากการขยายความคุ้มครอง เราจึงต้องเตรียมความพร้อมไว้สำหรับวันเช่นนั้น

3. โอกาสการสร้างรายได้เปรียบ/ มาตรการเชิงรุกของไทย

หลักการพื้นฐานของการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาไม่ว่าจะเป็นลิขสิทธิ์ เครื่องหมายการค้า หรือสิทธิบัตรนั้นเดิมทีมีเจตนารมณ์ส่งเสริมให้มีการสร้างนวัตกรรม และมีการประดิษฐ์ คิดค้น หรือสร้างสรรค์ผลงานทางด้านวิทยาศาสตร์ การแพทย์ การเกษตร และด้านอื่นๆ อยู่เสมอ ซึ่งต้องถือว่าเป็นสิ่งที่น่าส่งเสริมที่จะให้มีอยู่ ในมุมหนึ่งการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาทั้งหลายเท่าที่ผ่านมาก็สามารถแสดงศักยภาพในส่วนนี้ได้เป็นอย่างดี ถึงแม้จะไม่มีต้นแบบ (Model) หรือทฤษฎีใดๆ ที่ระบุได้อย่างชัดเจนว่าการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญานั้นเป็นตัวชี้วัดปริมาณการสร้างนวัตกรรม หรือการประดิษฐ์ใดๆ ก็ตาม เนื่องจากสภาพความเป็นจริงที่เห็นนั้นการคุ้มครองดังกล่าวก็ทำหน้าที่ได้ในระดับหนึ่ง ถึงแม้ว่าจะไม่ใช่ทั้งหมด แต่สิ่งที่จะต้องพิจารณาอย่างมากก็คือ ผลกระทบในเชิงลบที่อาจจะเกิดขึ้นจากการมี หรือการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา ทั้งนี้เพราะการบริหารจัดการผลด้านบวกนั้นเป็นสิ่งที่ง่าย และอาจจะเพียงเพิ่มเติมในส่วนของการส่งเสริมให้ดียิ่งๆ ขึ้นไป ส่วนผลในเชิงลบนั้นจะต้องเตรียมการมากกว่า เพราะอาจจะก่อให้เกิดความเสียหายในวงกว้าง และอาจจะเป็นความเสียหายที่เป็นผลมาจากระบบกฎหมายที่ไม่ได้วางอยู่บนพื้นฐานของสภาพความเป็นจริงของประเทศชาติก็เป็นได้ ดังนั้นจึงต้องมีการวางมาตรการ หรือแผนในอันที่จะบรรเทาผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์ที่อาจจะเกิดขึ้นจากการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญา โดยเฉพาะการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สิ่งมีชีวิตที่เป็นพืช และสัตว์

ตาม พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2542 ของไทยนั้นการให้ความคุ้มครองแก่พืช หรือสัตว์นั้นไม่อาจจะทำได้ เนื่องจากมีบทบัญญัติของมาตรา 9 กำหนดไว้ว่าสิ่งเหล่านี้ไม่ถือว่าเป็นวัตถุแห่งสิทธิของการคุ้มครอง ดังนั้นการที่พืช หรือสัตว์ หรือพืช หรือสัตว์ที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรมจะได้รับความคุ้มครองนั้นจะยังไม่มีเกิดขึ้น ส่วนการให้ความคุ้มครองในส่วนของจุลชีพทั้งที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม และที่ไม่ได้เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม แต่ไม่มีปรากฏอยู่ตามธรรมชาตินั้นย่อมได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของไทย ซึ่งโดยการตีความของหน่วยงานผู้เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิบัตร โดยเฉพาะกรมทรัพย์สินทางปัญญา จุลชีพนั้นกินความรวมถึงยีน เซล กลุ่มของเซลล์ และโครงสร้างของยีน จึงส่งผลให้สิ่งเหล่านี้ได้รับความคุ้มครอง รวมถึงองค์ประกอบของสารพันธุกรรมที่ถือว่าเป็นสารเคมี ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

โดยแนวทางการพิจารณาให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรต่อยีน เซล หรือองค์ประกอบของสารพันธุกรรมของไทยเรานั้นถือว่าเคร่งครัดกว่าประเทศอุตสาหกรรมส่วนใหญ่ หรืออาจจะทุกๆ ประเทศค่อนข้างมาก และต้องถือว่าการที่จะได้รับสิทธิบัตรในองค์ประกอบของสิ่งมีชีวิตเหล่านั้น ไม่ว่าจะเป็นฐานที่เป็นจุลชีพ หรือเป็นสารเคมี ไม่ใช่สิ่งที่ง่ายดายนัก ตามกฎหมายนั้นหากสิ่งเหล่านี้จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อมันไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ ซึ่งในทางปฏิบัติ หากว่าสิ่งที่นำมายื่นขอจดสิทธิบัตรนั้นเป็นยีน หรือเซลล์ หรือพาหะ (Vector) ต่างๆ กรมทรัพย์สินทางปัญญา กระทรวงพาณิชย์ ที่เป็นหน่วยงานผู้มีหน้าที่รับ

จดทะเบียนสิทธิบัตรของไทย จะพิจารณาโดยสิ่งที่จะได้รับการคุ้มครองนั้นต้องไม่เหมือนกับสิ่งที่มีอยู่ตามธรรมชาติ แม้ว่าสิ่งสังเคราะห์ขึ้นมาก็ตาม ในส่วนของโครงสร้างของสารพันธุกรรมก็เช่นเดียวกัน หากมีโครงสร้างที่เหมือนกับที่มีอยู่ในธรรมชาติ แม้ว่าจะไม่ได้มาจากการสกัดโดยตรง แต่เป็นการสังเคราะห์ขึ้นมา ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครอง

แนวทางการพิจารณาเรื่องเดียวกันที่เป็นอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป หรือประเทศญี่ปุ่น โดยมากจะถือเอาการสกัด (extract) การทำให้บริสุทธิ์ (purify) และการระบุถึงการใช้ประโยชน์ได้ (utility and enabling) เป็นบรรทัดฐานในอันที่จะให้ความคุ้มครอง ดังนั้นแม้เซลล์ ยีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมจะมีลักษณะเหมือนกับที่มีอยู่ในธรรมชาติ แต่เป็นการสังเคราะห์ขึ้นมา หรือเป็นการสกัดและทำให้บริสุทธิ์ โดยสามารถอยู่ในสภาพที่แยกตัวอยู่ได้ (isolated) หรืออยู่ในหลอดแก้ว หรืออยู่ในสิ่งมีชีวิตชนิดอื่นที่ไม่ใช่ต้นตอของเซลล์ ยีน หรือโครงสร้างสารพันธุกรรมนั้น ประเทศเหล่านี้ก็มักจะออกสิทธิบัตรให้ ดังนั้นโดยวิธีปฏิบัติแล้วต้องถือว่าการจะได้สิทธิบัตรในยีน หรือโครงสร้างของสารพันธุกรรมในประเทศไทยนั้นไม่ใช่เรื่องที่ย่ายดายนัก แต่หากเรายอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐฯ ที่ให้มีการขยายความคุ้มครองสิทธิบัตรไปสู่สิ่งมีชีวิตอื่นๆ ทั้งพืช และสัตว์ หรือขยายลักษณะการคุ้มครองเพื่อให้ครอบคลุมสิ่งมีชีวิตทุกชนิด หลักปฏิบัติที่เข้มงวดที่เราถือปฏิบัติกันอยู่ ก็อาจจะต้องถูกยกเลิก หรือตีความใหม่ ทำให้ไม่สามารถป้องกันการเสียเปรียบได้ ทั้งนี้ หากประเทศไทยต้องการที่จะยืนยันการตีความ หรือการพิจารณาสิทธิบัตรในแนวทางที่เข้มงวดดังว่า ก็คงจะต้องแสดงจุดยืนที่ชัดเจนต่อสหรัฐฯ ว่าจะยึดการตีความในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากเป็นอำนาจอธิปไตยของประเทศ

นอกจากนั้นสิ่งที่ควรจะดำเนินการเพิ่มเติมคือ ความเข้มงวดในเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่วิธีการ กระบวนการ หรือกรรมวิธีในการผลิต หรือการทำให้คุณภาพดีขึ้น หรือการปรับปรุงสภาพให้ดีขึ้นซึ่งผลิตภัณฑ์ที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมหรือการใช้กรรมวิธีต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิตตัดแต่งพันธุกรรมที่จะทำให้กรรมวิธีเหล่านี้ได้รับความคุ้มครองน้อยลงด้วย เนื่องจากสิ่งที่จะได้รับความคุ้มครองจะต้องผ่านมาตรฐานที่สูงมาก และหากผ่านได้ก็คงจะไม่เป็นปัญหาที่จะให้ความคุ้มครองเนื่องจากกรรมวิธีนั้นจะต้องเป็นสิ่งที่ดี มีประโยชน์จริง หรือเป็นนวัตกรรมที่ก้าวหน้ามากจึงสามารถผ่านกระบวนการตรวจสอบที่เข้มงวดมาได้ อย่างไรก็ตามการตีความ หรือการพิจารณาสิทธิบัตรในแนวทางที่เข้มงวดดังที่กล่าวไปนั้นยังไม่เคยถูกนำมาพิจารณา และวิพากษ์กันในระหว่างผู้ที่เกี่ยวข้อง และนักวิชาการทั้งหลายว่าจะสามารถใช้เป็นแนวทางการตีความ หรือการพิจารณาสิทธิบัตรโดยทั่วไปของประเทศไทยในสิ่งมีชีวิต ทั้งจุลชีพ พืช และสัตว์ รวมถึงองค์ประกอบของสิ่งมีชีวิตเหล่านี้ หรืออาจจะมียุทธศาสตร์การตีความ หรือการพิจารณาที่รัดกุมกว่านี้

ประเทศไทยจะต้องสร้างบรรทัดฐานที่ชัดเจน และลงตัวของตนเอง เพื่อการปฏิบัติ และความเข้าใจที่สอดคล้องกัน และสามารถที่จะอธิบายต่อนานาอารยประเทศ โดยเฉพาะบรรดาประเทศที่ประสงค์จะให้เราต้องเดินตามแนวทางการตีความของเขาย่างสหรัฐฯ ได้ เพราะการพิจารณาข้อบทกฎหมาย รวมทั้งการตีความการใช้บังคับกฎหมายนั้นย่อมจะต้องทำให้สอดคล้องกับความเป็นไป และต้องทำให้เหมาะสมกับสภาพการณ์ของแต่ละประเทศ ไม่ใช่จะสามารถนำของกันและกันมาใช้ได้เลย หรือจะเรียกร้องกันเพื่อให้ประเทศใดๆ ทำตามโดยไม่คำนึงถึงสภาพการณ์ และความจะเป็นของประเทศที่ถูก

เรียกร่องมาคิดคำนึงด้วย ดังนั้นจึงต้องรีบดำเนินการเรื่องนี้เพื่อเตรียมรองรับความเปลี่ยนแปลงที่อาจจะเกิดขึ้นจากข้อตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบพหุภาคี หรือทวิภาคีก็ตาม

สิ่งที่เราจะต้องใช้เป็นหลักในการเจรจาต่อรองประการต่อมาคือ ข้อตกลงว่าด้วยประเด็นทางการค้าอันเกี่ยวเนื่องกับทรัพย์สินทางปัญญา หรือข้อตกลงทริปส์นั่นเอง ทั้งนี้เพราะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตนั้นได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ของข้อตกลงดังกล่าวเป็นหลัก สาเหตุสำคัญที่ประเทศไทยควรจะใช้ข้อตกลงทริปส์เป็นเครื่องต่อรองกับสหรัฐฯ นั้นก็เนื่องมาว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นหนึ่งในข้อตกลงที่ถูกบรรจุไว้ภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลกที่ถือได้ว่าเป็นองค์การที่ประสงค์จะวางบรรทัดฐานทางการค้าที่มีแบบแผนเดียวกันให้กับบรรดาภาคีสมาชิกปฏิบัติตามไปทั่ว รวมถึงการออกกฎหมายที่สอดคล้องเป็นแนวทางเดียวกันในทุกประเทศภาคีสมาชิก และที่อาจจะสำคัญยิ่งไปกว่านั้นก็คือ ผู้นำนักของประเทศต่างๆ ที่มีแนวคิดที่เดินไปในทางเดียวกับประเทศไทยที่จะช่วยในการถ่วงดุลกับสหรัฐฯ ที่เป็นโต้โผใหญ่ในอันที่จะเปิดให้มีการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตทุกชนิด โดยเฉพาะพืช และสัตว์ไปทั่วโลก ยิ่งไปกว่านั้นเราอาจจะมีประเทศอุตสาหกรรมหลายประเทศที่เห็นด้วยกับแนวทางแบบประเทศไทย อย่างน้อยประเทศแคนาดาก็น่าจะเป็นประเทศหนึ่งที่จะช่วยทำให้การเปิดเต็มที่ในการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรกลายเป็นการเปิดบางส่วนตามความเหมาะสมของอุตสาหกรรมและศักยภาพของประเทศไทยได้

ประเด็นเกี่ยวกับการขยายความคุ้มครองเพิ่มเติมจากที่มาตรา 27 ของทริปส์ระบุไว้ โดยเฉพาะข้อเสนอของสหรัฐฯ ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิบัตรในพืช และสัตว์ ซึ่งต้องถือว่าเป็นการขอลบข้อยกเว้นตามมาตรา 27.3 ไปเสียเกือบจะทั้งหมด ตามที่เราได้พิจารณาไว้ในหัวข้อ 2.1.2 นั้นเป็นสิ่งที่ต้องระมัดระวังเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะในแง่ที่หลายฝ่ายตั้งข้อสังเกตว่าการรูดคืบนี้เป็นส่วนหนึ่งในการปูทางให้มีการส่งเสริมในเรื่องสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม เนื่องจากสิทธิบัตรนั้นจะเป็นพื้นฐานที่ให้ความคุ้มครองแก่ผลิตภัณฑ์ที่เป็น หรือมีส่วนประกอบของสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรมได้เป็นอย่างดี ดังนั้นในการเจรจาทวิภาคีที่เรียกว่าข้อตกลงเขตการค้าเสรีที่เราได้ดำเนินการมา และกำลังจะดำเนินการต่อไปกับสหรัฐอเมริกา นั้น ประเทศไทยจะต้องพยายามที่จะรักษาสถานะเดิม (status quo) ของการคุ้มครองภายในประเทศไว้ เนื่องจากเป็นความคุ้มครองที่เหมาะสม หรือในบางมุมมองอาจจะมากเกินไปสำหรับประเทศไทยอยู่แล้ว

ยิ่งไปกว่านั้นการคุ้มครองสิทธิบัตรในสิ่งมีชีวิตที่บัญญัติอยู่ภายใต้กฎหมายสิทธิบัตรของไทยก็เป็นไปโดยสอดคล้องกับข้อกำหนดของข้อตกลงทริปส์ที่ให้ความคุ้มครองจุลชีพ กรรมวิธีสำหรับการผลิตพืช หรือสัตว์ที่ไม่ใช่กรรมวิธีทางชีววิทยา และกรรมวิธีสำหรับการผลิตพืช หรือสัตว์ที่เป็นกรรมวิธีทางจุลชีววิทยา รวมถึงการให้ความคุ้มครองแก่พันธุ์พืชไม่ว่าจะโดยระบบสิทธิบัตร หรือระบบกฎหมายเฉพาะ (*sui generis system*) หรือโดยทั้งสองระบบร่วมกัน โดยในส่วนของสิ่งมีชีวิตที่เป็นจุลชีพที่ไม่มีอยู่ตามธรรมชาติ รวมถึงเซลล์ ยีน สารพันธุกรรม หรือสิ่งที่มีลักษณะเช่นเดียวกัน รวมทั้งกรรมวิธี หรือเทคนิคทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับจุลชีพ พืช หรือสัตว์ เช่น กรรมวิธีการดัดแต่งพันธุกรรม หรือเทคนิคที่เกี่ยวข้องกับการทำสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรม ก็ได้รับความคุ้มครองภายใต้ พ.ร.บ. สิทธิบัตร พ.ศ. 2522 (แก้ไขปรับปรุง พ.ศ. 2542) และในส่วนของพันธุ์พืช รวมถึงพันธุ์พืชที่เป็นสิ่งมีชีวิตดัดแต่งพันธุกรรมจะได้รับความคุ้มครองภายใต้ พ.ร.บ. คุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. 2542 ซึ่งก็เท่ากับว่าประเทศไทยนั้นปฏิบัติได้

ตามมาตรฐานในระดับพหุภาคีแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมายกมาตรฐานขึ้นโดยระบบทวิภาคีอื่น จะทำให้ประเทศไทยตกเป็นผู้เสียเปรียบทั้งต่อสหรัฐฯ ซึ่งเป็นคู่เจรจาทวิภาคี และต่อประเทศอื่นที่เป็นภาคีสมาชิกองค์การการค้าโลกที่จะได้รับสิทธิเดียวกันกับสหรัฐฯ ภายใต้กฎหมายไทยอีกด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการแก้กฎหมายสิทธิบัตรเพื่อให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงพืช และสัตว์จะส่งผลให้กฎหมายนั้นมีผลบังคับทั่วไปกับคนชาติของประเทศภาคีสมาชิกใดๆ ที่จะเข้ามาจดสิทธิบัตรในประเทศไทยตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment – NT)

หากมองอย่างรอบด้านแล้วเราอาจจะพบว่าระบบการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เรามีอยู่ในปัจจุบันน่าจะ ไม่เหมาะสมกับการนำมาใช้กับการคุ้มครองสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะอย่างยิ่งพืช และสัตว์ ซึ่งไม่เพียงแต่สิทธิบัตรเท่านั้นที่ไม่สมควรนำมาใช้ในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิต แต่รวมถึงลิขสิทธิ์ หรือแม้กระทั่งความลับทางการค้า และไม่เพียงแต่ในประเทศไทยเท่านั้น หากแต่เป็นโดยรวมสำหรับทุกประเทศ ไม่เว้นแม้กระทั่งสหรัฐอเมริกา ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษา และวิจัยเพิ่มเติมถึงแนวทางในการสร้างระบบการคุ้มครองที่เหมาะสมกับสิ่งต่างๆ ที่เกี่ยวกับสิ่งมีชีวิต ไม่ว่าจะเป็นจุลชีพ พืช หรือสัตว์ รวมถึงผลิตภัณฑ์ และกรรมวิธีที่เป็นผลพวงมาจากการทำการวิจัยและพัฒนาในเทคโนโลยีชีวภาพสมัยใหม่ (modern biotechnology) เพื่อจะได้ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ไม่พึงประสงค์ แก่สังคม และสามารถที่จะถ่วงดุลให้เชื่อมโยงกับมาตรการด้านความปลอดภัยทางชีวภาพให้ได้ผล จึงจะทำให้การดำเนินการทุกเรื่องเกี่ยวกับการทำการวิจัยและพัฒนา รวมถึงการนำไปใช้ การแสวงหาประโยชน์ และการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาในสิ่งมีชีวิต โดยเฉพาะสิ่งมีชีวิตดัดแปลงพันธุกรรมเป็นไปโดยสอดคล้องกัน เพื่อให้สิ่งมีชีวิตที่เป็นจุลชีพ พืช หรือสัตว์ รวมถึงองค์ประกอบของสิ่งมีชีวิตทั้งหลายเหล่านี้ที่เป็นปัจจัยของการค้นคว้า คิดค้น และคิดทำขึ้นในทางวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะชีววิทยา ก่อให้เกิดความก้าวหน้าต่อโลกโดยรวม และต่อประเทศไทยต่อไป

ภาคผนวก 1: All Technologies (Utility Patents) Report, PARTS A1, A2, B, Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004, *A Patent Technology Monitoring Division Report*

Part A1

Tables A1-1a and A1-1b

**Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant,
Breakout by Country of Origin (Table A1-1a) and by Ownership Category (Table A1-1b)**

<i>PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin</i> <i>Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.</i> <i>Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004</i>																
	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
Total, U.S. And Foreign Origin	1905896	96511	97444	98342	101676	101419	109645	111984	147518	153486	157494	166037	167332	169026	164293	3748103
-- Subtotal -- U.S. Origin	1229514	51177	52253	53231	56066	55739	61104	61708	80289	83906	85068	87601	86972	87901	84271	2216800
-- Subtotal -- Foreign Origin	676382	45334	45191	45111	45610	45680	48541	50276	67229	69580	72426	78436	80360	81125	80022	1531303
JAPAN	203873	21025	21925	22293	22384	21764	23053	23179	30840	31104	31295	33224	34858	35516	35350	591683

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
GERMANY	153625	7680	7309	6893	6731	6600	6818	7008	9095	9337	10235	11260	11280	11444	10779	276094
UNITED KINGDOM	73649	2803	2430	2302	2236	2481	2454	2680	3467	3576	3669	3967	3843	3630	3450	116637
FRANCE	57591	3030	3029	2909	2779	2821	2788	2958	3674	3820	3819	4041	4035	3868	3380	104542
CANADA	33003	2037	1964	1944	2008	2104	2232	2379	2974	3226	3419	3606	3431	3426	3374	71127
SWITZERLAND	32670	1335	1197	1127	1169	1056	1112	1090	1279	1279	1322	1420	1364	1308	1277	50005
TAIWAN	3073	906	1001	1189	1443	1620	1897	2057	3100	3693	4667	5371	5431	5298	5938	46684
ITALY	20859	1209	1271	1285	1215	1078	1200	1239	1584	1492	1714	1709	1751	1722	1584	40912
SWEDEN	20449	716	626	636	706	806	854	867	1225	1401	1577	1741	1675	1521	1290	36090
SOUTH KOREA	824	405	538	779	943	1161	1493	1891	3259	3562	3314	3538	3786	3944	4428	33865
NETHERLANDS	18313	992	855	800	852	799	797	808	1226	1247	1241	1332	1391	1325	1273	33251
AUSTRALIA	6834	463	409	378	467	459	471	478	720	707	705	876	859	900	953	15679
BELGIUM	6880	324	325	350	352	397	488	515	693	648	694	718	722	622	612	14340
AUSTRIA	6988	359	371	312	289	337	362	376	387	479	505	589	530	592	540	13016

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
ISRAEL	3176	304	335	314	350	384	484	534	754	743	783	970	1040	1193	1028	12392
FINLAND	3189	331	361	293	312	358	444	452	595	649	618	732	809	865	918	10926
DENMARK	4020	210	193	197	207	199	241	333	392	487	436	479	426	529	414	8763
U.S.S.R.	6589	178	66	65	53	12	16	4	6	3	1	0	1	0	0	6994
SPAIN	2064	153	133	158	141	148	157	177	248	222	270	269	303	309	264	5016
NORWAY	2298	111	108	117	126	130	139	142	198	224	248	265	242	262	243	4853
SOUTH AFRICA	2095	105	97	93	101	123	111	101	115	110	111	120	113	112	100	3607
HUNGARY	1912	85	88	61	46	50	43	25	50	39	36	60	48	72	48	2663
CHINA,HONG KONG S.A.R.	532	50	60	60	57	86	88	81	160	155	179	237	233	276	311	2565
SINGAPORE	112	15	32	38	51	53	88	94	120	144	218	296	410	427	449	2547
MEXICO	1417	29	39	45	44	40	39	45	57	76	76	81	94	84	86	2252
CZECHOSLOVAKIA	1999	27	17	13	19	15	8	9	9	5	9	7	2	1	0	2140

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
NEW ZEALAND	901	41	44	39	37	44	52	85	114	114	107	124	140	135	142	2119
CHINA P.REP.	287	50	41	53	48	62	46	62	72	90	119	195	289	297	404	2115
INDIA	352	22	24	30	27	37	35	47	85	112	131	178	249	341	363	2033
IRELAND	562	53	50	46	48	47	77	71	71	90	121	141	127	163	186	1853
RUSSIAN FEDERATION	0	0	0	3	38	98	116	111	189	181	183	234	200	203	169	1725
BRAZIL	593	62	40	57	60	63	63	62	74	91	98	110	96	130	106	1705
ARGENTINA	575	16	20	24	32	31	30	35	43	44	54	51	54	63	46	1118
LUXEMBOURG	440	27	26	28	22	24	18	22	20	22	40	33	37	35	44	838
POLAND	589	8	5	8	8	8	15	11	15	19	13	16	11	17	16	759
VENEZUELA	284	25	22	31	23	29	25	25	27	39	27	26	30	19	18	650
Others (133)	3765	148	140	141	186	156	187	223	292	350	372	420	450	476	439	7745

PART A1- Table A1-1b, Breakout by Ownership Category
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1963 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
U.S. CORPORATION	936567	39132	40308	41825	44036	44035	48740	50221	66052	69389	70884	74325	74156	75329	73035	1748034
U.S. GOVERNMENT	38648	1183	1161	1167	1258	1028	924	944	1027	985	928	957	912	882	829	52833
U.S. INDIVIDUAL	301639	13207	12751	12281	12805	12885	13729	12914	16407	16698	16129	15204	14116	13537	12172	496474
FOREIGN CORPORATION	519540	37593	38239	38401	38788	38688	41477	42907	57667	60168	63182	68943	71662	73098	72778	1263131
FOREIGN GOVERNMENT	7728	472	463	434	296	245	259	273	256	162	104	92	112	85	79	11060
FOREIGN INDIVIDUAL	101774	4924	4522	4234	4493	4538	4516	4725	6109	6084	6267	6516	6374	6095	5400	176571

ภาคผนวก 2: Patent Counts By Class By Year, Patents Granted: 1977 – 2004, A Patent Technology Monitoring Division Report

Part II, Patent Counts By Class By Year

**Patent Counts Based on ORIGINAL and CROSS-REFERENCE Classifications
with Duplicate Patents Eliminated Within Classes**

Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant

Breakout by U.S. Patent Classification System Class

PART II, Patent Counts By Class By Year, Breakout by U.S. Patent Classification System Class.

Patent Counts Based on ORIGINAL and CROSS-REFERENCE Patent Classifications are presented.

Duplicate patent counts are eliminated within each class.

Patents Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004

Class	Class Title	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	Total
047	Plant Husbandry	271	345	296	469	325	351	305	305	282	185	6610
119	Animal Husbandry	313	348	362	551	501	469	447	539	532	396	9025
435	Chemistry: Molecular Biology and Microbiology	2252	3088	4142	6133	6219	5606	6281	5739	5304	4623	68931
530	Chemistry: Natural Resins or Derivatives; Peptides or Proteins; Lignins or	986	1250	1858	2731	2666	2170	2279	2183	2070	1895	29491

	Reaction Products Thereof											
D30	Animal Husbandry	221	208	157	134	120	207	135	129	145	142	3374
PLT	Plants	389	367	398	563	422	551	586	1134	994	1019	11436
ALT	All Classes	192322	204972	207859	270285	277549	283976	295386	295989	299511	288583	53072
												63

Total from Pre-1984 to 2004

All Classes – Including Other Classes being Patented

This report counts all patent documents including utility, design, plant, and reissue patents as well as statutory invention registrations and defensive publications.

ภาคผนวก 3: Plant Patents Report, PARTS A1, A2, B, Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004, *A Patent Technology Monitoring Division Report*

Part A1

Tables A1-1a and A1-1b

**Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant,
Breakout by Country of Origin (Table A1-1a) and by Ownership Category (Table A1-1b)**

<i>PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin</i> <i>Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.</i> <i>Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004</i>																
	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
Total, U.S. And Foreign Origin	3397	353	321	442	499	387	362	394	561	420	548	584	1133	994	1016	11411
-- Subtotal -- U.S. Origin	2227	237	196	236	283	201	183	230	245	200	232	372	518	395	428	6183
-- Subtotal -- Foreign Origin	1170	116	125	206	216	186	179	164	316	220	316	212	615	599	588	5228
NETHERLANDS	251	23	46	63	63	34	41	29	71	65	102	57	218	162	211	1436
GERMANY	383	39	17	52	32	44	48	34	62	53	70	22	145	166	100	1267
UNITED KINGDOM	109	7	4	13	38	16	8	22	24	20	35	9	35	42	41	423
FRANCE	165	21	13	22	16	16	18	27	27	10	9	4	26	13	8	395
DENMARK	34	3	4	3	11	16	27	9	40	11	24	21	79	25	74	381

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
JAPAN	30	2	11	8	9	13	9	6	20	12	16	23	30	68	49	306
AUSTRALIA	22	9	2	3	2	3	7	14	13	11	15	25	27	25	26	204
ISRAEL	6	0	7	21	14	21	7	0	12	6	3	14	8	18	15	152
BELGIUM	11	2	2	2	10	3	2	4	20	5	12	6	10	38	16	143
NEW ZEALAND	36	4	7	7	6	4	2	2	4	9	11	4	7	12	20	135
CANADA	22	1	8	5	2	7	0	15	8	6	10	7	5	5	1	102
COSTA RICA	32	3	0	4	4	6	5	0	4	2	1	9	5	4	10	89
ITALY	25	0	2	2	1	1	2	0	1	1	2	0	1	2	1	41
INDIA	0	0	0	0	0	0	0	0	2	1	0	1	12	7	4	27
SPAIN	2	0	2	0	3	0	2	0	0	1	1	1	0	1	6	19
SOUTH AFRICA	1	0	0	0	0	0	0	0	6	1	0	4	1	4	1	18
AUSTRIA	16	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	17
SWITZERLAND	13	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	0	16
SWEDEN	4	1	0	1	0	0	1	0	1	1	1	1	0	0	0	11

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin
Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.
Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
COLOMBIA	5	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	1	0	0	8
SOUTH KOREA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	1	3	1	0	0	7
ARGENTINA	1	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	3
BRAZIL	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	1	0	0	3
HONDURAS	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0	1	0	3
MEXICO	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0	1	0	0	3
THAILAND	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2	0	3
CHILE	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2
ECUADOR	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	0	2
INDONESIA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2	2
IRELAND	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	1	2
TAIWAN	1	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
LEBANON	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
MOROCCO	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1

PART A1- Table A1-1a, Breakout by Country of Origin

Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.

Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
NORWAY	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
PHILIPPINES	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
PORTUGAL	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
Others (1)	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1

PART A1- Table A1-1b, Breakout by Ownership Category

Number of Patents Granted as Distributed by Year of Patent Grant.

Granted: 01/01/1977 - 12/31/2004

	Pre 1991	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	All Years
U.S. CORPORATION	1816	188	164	232	250	200	163	198	237	167	246	321	454	321	414	5371
U.S. GOVERNMENT	0	1	0	0	0	0	0	2	0	1	0	0	8	0	3	15
U.S. INDIVIDUAL	860	75	60	61	82	59	55	73	74	65	48	89	118	102	72	1893
FOREIGN CORPORATION	465	44	74	104	150	104	116	98	199	149	207	134	409	440	443	3136
FOREIGN GOVERNMENT	3	1	8	5	2	5	0	5	1	2	4	4	1	1	0	42
FOREIGN INDIVIDUAL	253	44	15	40	15	19	28	18	50	36	43	36	143	130	84	954

ภาคผนวก 4: Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790 – 1960

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1790	.	68	3	.
1791	34	57	33	.
1792	29	85	11	.
1793	4	43	20	.
1794	0	55	22	.
1795	1	51	12	.
1796	8	75	44	.
1797	4	54	51	.
1798	10	77	28	.
1799	22	82	44	.
1800	16	96	41	.
1801	34	104	44	.
1802	29	107	65	.
1803	45	73	97	.
1804	44	60	84	.

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1805	63	95	57	.
1806	101	99	63	.
1807	66	94	99	.
1808	61	95	158	.
1809	52	101	203	.
1810	93	108	223	.
1811	66	115	215	0
1812	96	119	238	2
1813	88	142	181	2
1814	53	96	210	1
1815	77	102	173	10
1816	115	118	206	10
1817	162	103	174	16
1818	153	132	222	18
1819	138	101	156	10
1820	151	97	155	10

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1821	180	109	168	11
1822	175	113	200	8
1823	187	138	173	22
1824	217	180	228	25
1825	321	250	304	17
1826	281	131	323	67
1827	333	150	331	69
1828	388	154	368	87
1829	452	130	447	59
1830	366	180	544	57
1831	220	150	573	34
1832	287	147	474	46
1833	431	180	586	76
1834	576	207	630	66
1835	556	231	752	73
1836	582	296	702	65

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1837	872	256	426	46
1838	1312	394	514	104
1839	730	411	404	125
1840	947	440	458	156
1841	925	440	490	162
1842	1594	371	488	153
1843	1397	420	493	160
1844	1863	450	478	158
1845	2666	572	473	256
1846	2750	493	566	252
1847	2937	493	495	329
1848	1191	388	583	256
1849	1953	514	984	253
1850	2272	523	883	308
1851	2462	455	752	274
1852	3279	1384	885	272

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1853	4065	2187	844	287
1854	4563	1878	1755	276
1855	5398	2046	1881	287
1856	5761	1094	2302	393
1857	6110	2028	2674	414
1858	5828	1954	3455	375
1859	5439	1977	4160	384
1860	6122	2063	4357	550
1861	5941	2047	3020	551
1862	5859	2191	3214	630
1863	5890	2094	3773	633
1864	5653	2024	4630	557
1865	5472	2186	6088	609
1866	5671	2124	8863	549
1867	6098	2284	12277	714
1868	6103	2490	12526	828

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1869	5906	2407	12931	616
1870	3850	2180	12137	648
1871	2782	2376	11659	458
1872	4875	2771	12180	958
1873	5074	2974	11616	1130
1874	5746	3162	12230	1245
1875	6007	3112	13291	1382
1876	6736	3435	14169	1947
1877	7101	3317	12920	1604
1878	7981	3509	12345	4200
1879	7828	3524	12165	4410
1880	7660	3741	12902	3960
1881	7813	3950	15500	4339
1882	7724	4337	18091	4131
1883	8087	3962	21162	4848
1884	8253	9983	19118	4459

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1885	8696	8775	23285	4018
1886	9011	9099	21767	4008
1887	8863	9226	20403	3882
1888	8669	9309	19551	3923
1889	9287	10081	23324	4406
1890	9009	10646	25313	4680
1891	9292	10643	22312	5550
1892	9902	11164	22647	5900
1893	9860	11600	22750	6430
1894	10433	11699	19855	6280
1895	10257	12191	20856	5720
1896	11430	12473	21822	5410
1897	12550	14210	22067	5440
1898	12421	14167	20377	5570
1899	12713	14160	23278	7430
1900	12399	13710	24644	8784

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1901	12103	13062	25546	10508
1902	12026	13764	27119	10610
1903	12469	15718	31029	9964
1904	12574	15089	30258	9189
1905	12953	14786	29775	9600
1906	13097	14707	31170	13430
1907	13170	16272	35859	13250
1908	13807	16284	32735	11610
1909	13466	15065	36561	11995
1910	16064	15269	35141	12100
1911	15593	17164	32856	12640
1912	15737	15814	36198	13080
1913	15967	16599	33917	13520
1914	12161	15036	39892	12350
1915	5056	11457	43118	8190
1916	3250	8424	43892	6271

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1917	4100	9347	40935	7399
1918	4400	10809	38452	7340
1919	10500	12301	36797	7766
1920	18950	14191	37060	14452
1921	17700	17697	37798	15642
1922	18300	17366	38369	20715
1923	19200	17073	38616	20526
1924	19200	16839	42584	18189
1925	18000	17199	46432	15877
1926	18200	17333	44733	15500
1927	17500	17624	41717	15265
1928	22000	17695	42357	15598
1929	24000	18937	45267	20202
1930	24000	20888	45226	26737
1931	24000	21949	51761	25846
1932	21850	21150	53504	26201

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1933	20000	17228	48807	21755
1934	19100	16890	44452	17011
1935	18000	17675	40663	16139
1936	16700	17819	39831	16750
1937	16750	17614	37738	14526
1938	14000	19314	38102	15068
1939	15550	17605	43118	16525
1940	10100	11453	42323	14647
1941	8150	11179	41171	14809
1942	10000	7962	38514	14648
1943	12250	7945	31101	14883
1944	11650	7712	28091	.
1945	7360	7465	25712	.
1946	11050	8971	21859	.
1947	13500	11727	20191	.
1948	13700	15558	24007	.

Patents Statistics for France, Britain, the United States and Germany, 1790-1960				
YEAR	FRANCE	BRITAIN	U.S.	GERMANY
1949	16700	20703	35224	.
1950	17800	13509	43219	.
1951	25200	13761	44384	27767
1952	20400	21380	43717	37179
1953	43000	17882	40546	37113
1954	34000	17985	33910	19140
1955	23000	20630	30535	14760
1956	21900	19938	46918	18150
1957	23000	25205	42873	20467
1958	24950	18531	48450	19837
1959	41600	18157	52509	22556
1960	35000	26775	47286	19666

รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

การเปิดเสรีทางการค้าและการเปลี่ยนแปลงทางสภาพภูมิอากาศ

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.สิตานนท์ เกษภูมิกิจพัฒน์

บทคัดย่อ

แม้ว่าข้อตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEA) มักจะมีการนำเอามาตรการทางการค้ามาใช้เพื่อปกป้องสิ่งแวดล้อมอย่างค่อนข้างแพร่หลาย การกระทำดังกล่าวหากไม่ได้รับการยอมรับโดยปริยาย ก็มักจะไม่ได้มีการทำทนายอย่างเปิดเผยในเวทีการค้าเสรี เนื่องจากสมาชิกประเทศของ MEA เห็นชอบร่วมกันในการกระทำดังกล่าว ถ้าหากจะมีปัญหาเกิดขึ้นก็ล้วนแล้วแต่เป็นปัญหาที่หยิบยกขึ้นมาในเวทีการค้า และมักจะเป็นกรณีๆ ไป ไม่มีการพิจารณาข้อพิพาทในลักษณะองค์รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่าง MEA และการค้าสากลภายใต้ WTO

งานส่วนนี้ของโครงการหน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล หยิบกรณีความสัมพันธ์ระหว่างกรอบอนุสัญญาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ และพิธีสารเกียวโตกับกลไกการค้าโลกภายใต้ WTO คำถามของการวิจัย คือ การเชื่อมโยงทางการค้าระหว่าง MEA ดังกล่าวกับกลไกทางการค้าของ WTO เป็นอย่างไร มีลักษณะใดของความสัมพันธ์ดังกล่าวที่จะนำไปสู่การใช้ที่เข้าข่ายเป็นการกีดกันทางการค้าที่มีใช้ภาษี (NTB) ได้บ้าง หรือถ้าจะนำมาใช้เป็น NTB น่าจะกระทำได้โดยลักษณะใดบ้าง

การวิเคราะห์ชี้ให้เห็นความเชื่อมโยงทางตรง และทางอ้อมระหว่าง UNFCCC และพิธีสารเกียวโต กับกลไกการเปิดเสรีทางการค้าใน 3 ลักษณะ คือ

- (1.) การดำเนินงานผ่านกลไกทางการเงินเพื่อการลงทุน และการถ่ายทอดเทคโนโลยี
- (2.) การดำเนินงานช่วยเหลือในการปรับตัว และลดผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ผ่านการค้นคว้าวิจัย เสริมสร้างสมรรถนะ และการแลกเปลี่ยนข้อมูล
- (3.) การให้บริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services)

ประเทศไทยจำเป็นต้องจัดทำเนื้อหา (Text) ของการเจรจาที่สะท้อนความต้องการของการพัฒนาอย่างยั่งยืนของตนเอง โดยมีการประเมินผลกระทบ ต้นทุนการดำเนินงาน และข้อเสนอที่ชัดเจนที่จะใช้ในการเจรจา เพื่อให้บรรลุไว้ในข้อตกลงด้านสิ่งแวดล้อม หรือข้อตกลงด้านการลงทุน และข้อเสนอความร่วมมือด้านสิ่งแวดล้อม การดำเนินงานดังกล่าวในมุมหนึ่งอาจจะถือเป็น NTB ได้ แต่จะเป็นการใช้เงื่อนไขด้านสิ่งแวดล้อมในเชิงบวก (Positive Approach) เพราะจะเป็นการสมประโยชน์ทั้งสองฝ่าย (คือ ไทย-สหรัฐ ที่ทั้งคู่เป็นสมาชิกของ UNFCCC) ที่มีพันธกรณีตามบทบาทที่สมพงศ์กัน (เช่น สหรัฐมีพันธกรณีต้องช่วยเหลือด้านเทคนิค และการเงิน แก่ประเทศนอกกลุ่ม Annex I เช่น ประเทศไทยอยู่แล้ว) ส่วนการจะพิจารณาว่าเป็น NTB หรือไม่น่าจะอยู่ที่กลไกภายใต้ WTO มากกว่า FTA ที่ทั้งสองฝ่ายร่วมกันเขียนกติกาไว้อยู่แล้ว

ABSTRACT

This paper investigates the compatibility between trade and climate regimes, with a view to draw implications for Thailand-US Free Trade Agreement (FTA) negotiation. It concludes that while the trade (i.e., WTO and FTA) and climate regimes (i.e., UNFCCC and Kyoto Protocol) contain articles, that relate to each other, specific languages have been crafted to serve solely the ultimate goals of respective regimes. Thus, it is imperative that the compatibility or synergies that are mutually supportive in the two regimes are identified, assessed and transformed into specific text for the Thai-US FTA negotiations. It would not be too surprising to find that much of these compatibility (i.e., environmental services, financial mechanism and capacity building) could be accommodated in the Environmental Cooperation Chapter.

การเปิดเสรีทางการค้า และการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

รศ.ดร.สิดานนท์ เจษฎาพิพัฒน์

1. บทนำ

ที่ผ่านมา เครื่องมือทางการค้า (เช่น การห้ามค้า หรือ Trade ban) ได้ถูกหยิบยกมาใช้อย่างแพร่หลายในการปกป้องสิ่งแวดล้อม ดังจะเห็นได้ในข้อตกลงด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นทั้งพหุภาคี หรือทวิภาคี มาตรการที่เป็นการแทรกแซงฝ่ายเดียว (Unilateral measure) แม้จะมีเหตุผลเพื่อพิทักษ์สิ่งแวดล้อม บางครั้งมักจะถูกมองว่าเป็นการปกป้องทางการค้ามากกว่าสิ่งแวดล้อม การกระทำเช่นนี้จึงไม่ได้รับการยอมรับเท่ากับข้อตกลงพหุภาคี (Multilateral agreement) ในทางกลับกัน บางครั้งเหตุผลด้านสิ่งแวดล้อมก็ถูกหยิบยกมาใช้ปกป้องการค้า หรือนำมาเป็นเครื่องมือพิจารณาส่งเสริมการค้า (เช่น กรณีสินค้าเทคโนโลยีสิ่งแวดล้อม)

การใช้เหตุผล หรือเป้าประสงค์หนึ่งเป็นเครื่องมือเพื่อให้บรรลุอีกเป้าประสงค์หนึ่ง มักจะได้รับการท้าทายในเวทีการค้ามากกว่าเวทีสิ่งแวดล้อม คำถามสำคัญจึงอยู่ที่ว่า

- (1) ถ้าจะใช้เหตุผลใดเหตุผลหนึ่งเป็นหลัก “ความพอดี” ของการใช้คืออะไร ?
- (2) ปัญหา และโอกาสของการใช้เหตุผลเหล่านั้นคืออะไร ?

งานในส่วนย่อยของโครงการ หน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากลนี้ เป็นความพยายามตอบคำถามหลักทั้งสองข้อนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะ ดังนี้

- (1) ข้อตกลงด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศถูกนำมาใช้เป็นข้อกีดกันทางการค้าที่ไม่ใช่ภาษี (Non-tariff barrier) หรือ NTB ได้หรือไม่ ?
- (2) ถ้าคำตอบคือ “ได้” ลักษณะของ NTB คืออะไร ?
- (3) กรณีของข้อตกลงทางการค้าเสรีไทย-สหรัฐ มีหนทางใดบ้างที่ไทยจะใช้ข้อตกลงด้านการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศเป็น NTB ?

2. ข้อจำกัดของการศึกษา

ข้อจำกัดหลักของการศึกษานี้ คือ การเจรจา FTA ไทย-สหรัฐ ยังไม่สิ้นสุด และการเข้าถึงข้อมูลในการเจรจามีจำกัดมาก ทำให้มีอาจอ้างอิงอย่างเฉพาะเจาะจงได้เสมอไป การวิเคราะห์จึงอยู่บนฐานของข้อมูลเท่าที่จะเข้าถึงได้ นอกจากนี้ชั้นความลับของเอกสารหรือข้อมูล ทำให้การเสนอผลการวิเคราะห์ในส่วน of พฤศจิกายนที่ (3) มีอาจจะกระทำไม่ได้โดยตรง

* องค์การกองทุนสัตว์ป่าโลกสากล ประเทศไทย (อดีตผู้อำนวยการ)

3. ข้อเท็จจริง

3.1 ข้อเท็จจริงทางด้านสิ่งแวดล้อม

- ไทยเป็นภาคีของกรอบอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ (United Nations Framework Convention on Climate Change หรือ UNFCCC) และพิธีสารเกียวโต (Kyoto Protocol) ที่ออกภายใต้ UNFCCC แต่สหรัฐเป็นเพียงภาคีของ UNFCCC เท่านั้น
- สหรัฐเป็นผู้ปล่อยออกก๊าซเรือนกระจกที่ใหญ่ที่สุดของโลก (ประมาณ 1/4) แต่ไทยปล่อยออกร้อยละ 1 ของโลก
- สหรัฐมีทั้งกำลังและศักยภาพทางการเงิน และเทคโนโลยีในการปรับปรุงการปล่อยออกก๊าซเรือนกระจก และปรับตัว (Adapt) ให้เข้ากับภาวะผลกระทบจากภาวะเรือนกระจก (Green house effect) ได้ดีกว่าไทย อีกทั้งมีองค์ความรู้ในการจัดการ มีอำนาจต่อรองทางการเมืองสูงกว่าไทย
- สหรัฐกำลังร่วมมือเป็นพันธมิตรกับอีก 5 ประเทศ (คือ ออสเตรเลีย จีน อินเดีย เกาหลีใต้ และญี่ปุ่น) เพื่อใช้เทคโนโลยีในการลดการปล่อยออกก๊าซเรือนกระจก ทำให้การดำเนินการของพิธีสารเกียวโตอ่อนแอลง

ข้อเท็จจริงด้านการค้า

- สหรัฐเป็นเศรษฐกิจที่ใหญ่ที่สุดของโลก มีผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ (GDP) เท่ากับ 11 ล้านล้านเหรียญสหรัฐ หรือ 80 เท่าของไทยในปี 2546 เมื่อเทียบกับฐานประชากร รายได้ต่อหัวในปีเดียวกันสูงกว่าไทย 17 เท่าตัว
- สหรัฐคือประเทศคู่ค้าสำคัญที่สุดของไทย โดยนำเข้าจากไทยประมาณ 6 แสนล้านบาทต่อปี
- ในปี 2547 ประเทศไทยได้ดุลทางการค้ากับสหรัฐ ประมาณ 8 พันล้านเหรียญสหรัฐ
- ไทยส่งออกไปประมาณ 15.4 พันล้านเหรียญสหรัฐ (2547) ไปยังสหรัฐในหมวดคอมพิวเตอร์/อุปกรณ์และชิ้นส่วน โทรทัศน์และส่วนประกอบ เครื่องประดับ อาหารทะเล แผงวงจรไฟฟ้า ผลิตภัณฑ์จากยาง เสื้อผ้า เฟอร์นิเจอร์ และผลไม้แปรรูป
- ไทยนำเข้าประมาณ 7.2 พันล้านเหรียญสหรัฐจากสหรัฐในปีเดียวกัน ภายใต้หมวดแผงวงจรรวม คอมพิวเตอร์/อุปกรณ์และส่วนประกอบ เครื่องบินและส่วนประกอบ เครื่องกังหันไอน้ำ ฝ้าย ถั่วเหลือง ข้าวสาลี ฯลฯ
- เป็นที่น่าสังเกตว่า การนำเข้าของสหรัฐจากตลาดโลกเป็นน้ำมันดิบ น้ำมันสำเร็จรูป ก๊าซธรรมชาติ รถยนต์นั่งและส่วนประกอบ คอมพิวเตอร์/อุปกรณ์และส่วนประกอบ เครื่องส่งวิทยุ/โทรทัศน์ ยารักษาโรค แผงวงจร ฯลฯ ซึ่งมีส่วนแบ่งตลาดที่เป็นของไทยเพียงร้อยละ 1 เท่านั้น
- สหรัฐเก็บภาษีนำเข้าเฉลี่ยร้อยละ 5 ในปี 2546 โดยคิดเป็นของสินค้าเกษตรร้อยละ 10 และสินค้าอุตสาหกรรมร้อยละ 4

- แม้สหรัฐจะพยายามแสดงตนว่าเป็นผู้นำการค้าเสรี แต่ยังมีอุปสรรคทางการค้าในบางหมวดบางสาขาที่สูงมาก ด้วยข้ออ้างทางการค้าที่เป็นธรรม หรือเพื่อปกป้องสาขาที่อ่อนไหวของตน
- เอกสารเผยแพร่ของกระทรวงพาณิชย์ของไทยกล่าวถึงโอกาสในการส่งออกของไทยไปยังสหรัฐว่า ยังมีโอกาสสูงในกลุ่มคอมพิวเตอร์และส่วนประกอบ แผงวงจรไฟฟ้า เครื่องใช้ไฟฟ้า เช่น โทรทัศน์และส่วนประกอบ วิทยุ เครื่องปรับอากาศ พัดลม เครื่องดูดลม เครื่องประดับ อัญมณี ผลิตภัณฑ์จากยาง (เช่น ถูมียาง) กลุ่มสิ่งทอ เสื้อผ้าและเครื่องนุ่งห่ม เครื่องหนัง และรองเท้า กลุ่มเฟอร์นิเจอร์ เครื่องแต่งบ้าน เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีสินค้าเกษตรบางกลุ่ม เช่น กลุ่มอาหารทะเลแช่แข็ง อาหารทะเลแปรรูป ผลไม้แปรรูป และข้าว เป็นต้น

4. วิธีการศึกษา

(1.) ข้อมูลที่ใช้เป็นข้อมูลแหล่งทุติยภูมิของกระทรวงพาณิชย์ กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และ UNFCCC โดยนำมาจากเอกสารเผยแพร่ และข้อมูลที่อยู่บนหน้า Website ของแหล่งข้อมูลเหล่านั้น

(2.) กรอบแนวคิด การศึกษานี้กำหนดแนวคิดไว้ดังนี้

- การลดการปล่อยออกก๊าซเรือนกระจก เป็นมาตรการส่วนหนึ่งของการพัฒนาอย่างยั่งยืน
- การเปิดเสรีทางการค้า (และการลงทุน) ถ้าหากดำเนินการตามกรอบของ Responsible trade คือ รูปแบบการค้าที่รับผิดชอบต่อสังคม หรือเพื่อส่งเสริมการพัฒนาอย่างยั่งยืน แล้วจะทำให้เป้าหมายทางการค้า และเป้าหมายด้านการปกป้องสิ่งแวดล้อมเป็นเป้าหมายเดียวกัน ผิดจากนี้แล้วจะทำให้เป้าหมายทางการค้าขัดแย้งกับเป้าหมายด้านการปกป้องสิ่งแวดล้อม
- แนวคิดการค้าเสรีบริสุทธิ์ (Pure free trade) มุ่งสนองตอบผลประโยชน์ทางการค้าเท่านั้น แต่มีอาจจะบรรลุได้ ถ้าหากจะเลยกรอบผลกระทบสิ่งแวดล้อม (ที่เกิดจากการผลิต การค้า และการบริโภค) หรือเมื่อผลกระทบอย่างกว้างขวางของการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ทำให้การค้ามีอาจบรรลุเป้าหมายในอุดมคติ (สวัสดิการโดยรวมของโลก)

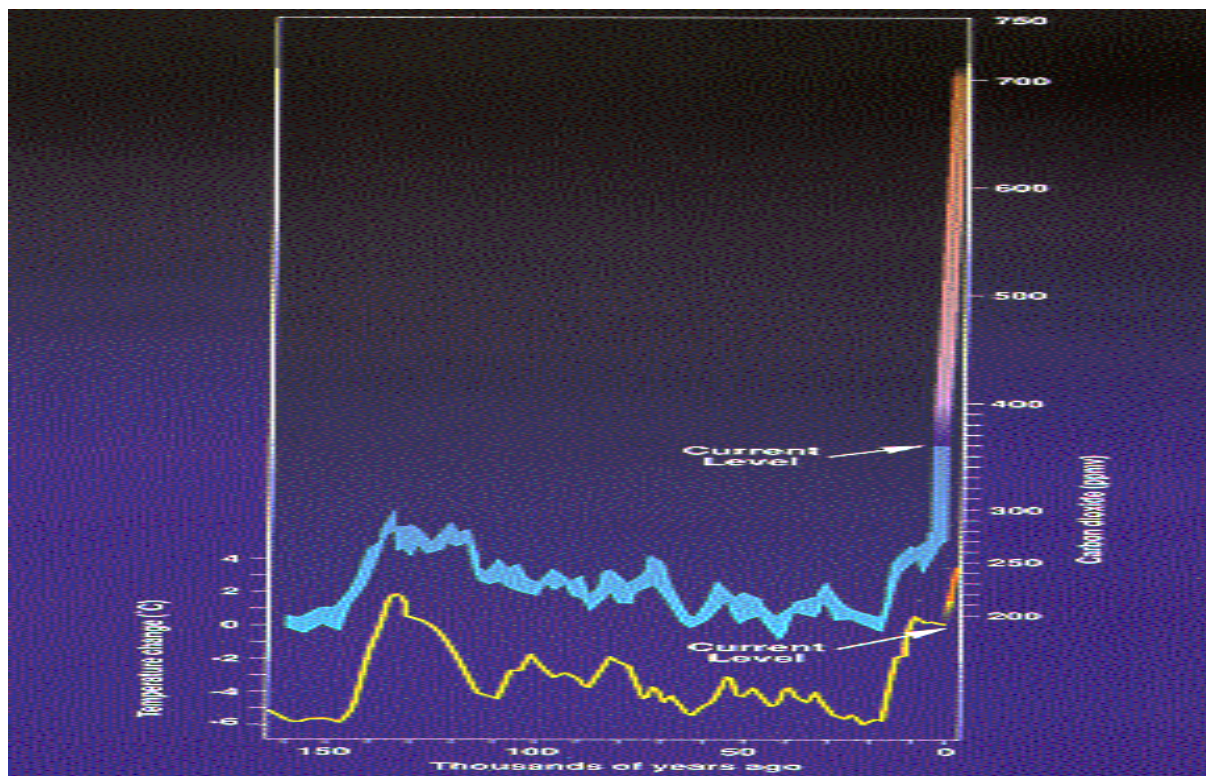
(3.) กรอบการวิเคราะห์ การศึกษานี้พิจารณา UNFCCC และพิธีสารเกียวโต แทนข้อตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environment Agreement หรือ MEAs) และพิจารณา FTA ไทย-สหรัฐ เป็นตัวแทนรูปแบบการค้าเสรี

(4.) วิธีวิเคราะห์ เป็นการวิเคราะห์เชิงพรรณนา (Descriptive analysis)

5. การเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ

นับตั้งแต่การปฏิวัติอุตสาหกรรมเป็นต้นมา การสะสมก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศมีปริมาณมากขึ้นอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน และมีแนวโน้มที่จะเพิ่มขึ้นไปเรื่อยๆ จากกิจกรรมการพัฒนา และการเพิ่มสวัสดิการของมนุษย์ ปรากฏการณ์นี้นำมาซึ่งการยอมรับมากขึ้นเรื่อยๆ ว่า มนุษย์จะเผชิญหน้ากับการเปลี่ยนแปลงทางสิ่งแวดล้อมและระบบนิเวศนานกว้างขวาง เช่น

- การเพิ่มสูงขึ้นของระดับน้ำทะเลปานกลาง มีผลกระทบต่อชุมชน อาชีพ ระบบนิเวศของประเทศต่างๆ อย่างรุนแรงและกว้างขวาง
- การเพิ่มสูงขึ้นของอุณหภูมิเฉลี่ยของโลก (ดูรูปประกอบ) และมีความเป็นไปได้ที่จะพุ่งสูงเกินกว่าความสามารถของมนุษย์และระบบนิเวศจะรองรับได้



- การแปรปรวนของระบบภูมิอากาศโลก และท้องถิ่น
- การละลายของชั้นน้ำแข็งในขั้วโลก และหิมะที่ปกคลุมภูเขา ตลอดจนการหดหายไปของธารน้ำแข็ง
- ผลกระทบทางลบต่อระบบการผลิตอาหาร และวงจรของน้ำ โดยเฉพาะที่เกิดกับประเทศกำลังพัฒนาที่มีระบบนิเวศ และระบบการผลิตทางการเกษตรที่เปราะบาง
- การแพร่ระบาด และการฟื้นตัวของเชื้อโรค เชื้อไวรัสบางชนิด ส่งผลกระทบทางลบต่อสุขภาวะของสังคม

เพื่อหลีกเลี่ยงภาวะเสี่ยงเหล่านี้ กองวิชาการของ UNFCCC ที่มีชื่อเรียกว่า Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC) เสนอแนะว่า ประชาคมโลกควรลดการปล่อยออกก๊าซเรือนกระจกให้ลงต่ำกว่าร้อยละ 60-80 ของระดับที่ทั่วโลกปล่อยออกในปีค.ศ. 1990 ข้อเสนอแนะนี้นอกจากจะอิงฐานองค์ความรู้ด้านวิทยาศาสตร์แล้ว ยังเป็นการสนองตอบวัตถุประสงค์ของ UNFCCC ที่กล่าวว่า ให้การลดการปล่อยออกก๊าซเรือนกระจก “บรรลุ (เป้าหมาย) คงความเสถียรของความเข้มข้นของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศ ในระดับที่ไม่ให้เกิดความเสี่ยงภัยต่อระบบภูมิอากาศ โดยน้ำมือของมนุษย์” และการบรรลุระดับดังกล่าวต้องกระทำในระยะเวลาที่พอเพียงให้ระบบนิเวศสามารถปรับตัวตามธรรมชาติต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ให้เกิดความเชื่อมั่นว่า การผลิตอาหารจะไม่ถูกกระทบกระเทือน และเพื่อให้การพัฒนาเศรษฐกิจเป็นไปได้โดยยั่งยืน

แต่รายงานฉบับที่ 3 ของ IPCC ชี้ว่า แม้โลกจะบรรลุเป้าหมาย 60-80% ของปี 1990 แต่การเปลี่ยนแปลงของมิติทางธรรมชาติ เช่น การเพิ่มขึ้นของน้ำทะเลและอุณหภูมิ จะยังคงมีอยู่ต่อเนื่องไปอีก เพราะผลจากการสังสมสุทธิตั้งเป็นบวกรวมของก๊าซเรือนกระจกในชั้นบรรยากาศ และคุณสมบัติในการดูดกลืนความร้อนของก๊าซเหล่านั้นนั่นเอง ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศจึงเป็นปัญหาการพัฒนาโดยแท้ ที่มีอาจมองแยกส่วนว่าเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมอย่างที่พูดถึงในปัจจุบัน กล่าวโดยสรุป คือ

(1) เมื่อเป็นเช่นนั้น การแก้ปัญหาต้องผู้โยงเข้าหากกลไกการพัฒนาทุกชนิด รวมทั้งการค้าและการลงทุน และนี่คือเหตุผลที่กล่าวในตอนต้น ว่าเหตุใดการค้าจึงต้องเป็น Responsible trade

(2) มิติด้านเวลาของการแก้ปัญหาต้องแบ่งแยกให้ชัดว่า เป็นเรื่องระยะยาวที่ต้องเริ่มแก้ปัญหาในปัจจุบัน ต้องมีเป้าหมายในระยะต่างๆ ที่ชัดเจน

(3) ต้องมองมิติสังคม เช่น ความเป็นธรรม ควบคู่ไปกับการเน้นประสิทธิภาพ (ซึ่งเป็นมิติทางเศรษฐศาสตร์) ของการแก้ปัญหา แล้วจะทำให้กรอบการพัฒนาที่ใช้ในการวิเคราะห์มีความสมบูรณ์ เป็นการพัฒนาอย่างยั่งยืน

(4) ผลกระทบจากการแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศไม่ทันการณ์ หรือไม่ได้ มีกว้างขวาง แต่กลุ่มประเทศและประชาชนจะได้รับความเสี่ยง และผลกระทบไม่เท่ากัน

(5) การแก้ปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศในบริบทการพัฒนา ต้องทำให้การค้ามาเป็นเครื่องมือ มิใช่เป้าหมายในตัวเอง แต่ยังสามารถนำเอาเป้าหมายทางด้านสิ่งแวดล้อมไปใช้บรรลุเป้าหมายทางการค้าได้

6. การค้าเสรี

การเปิดเสรีทางการค้ามักเป็นความพยายามทำให้อุปสรรคทางการค้าลดลง หรือหมดไป เพื่อให้ประเทศคู่ค้าบรรลุการพัฒนา และเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจสูงขึ้น ประเทศที่มีเศรษฐกิจแบบเปิด (คือค่ามาก) จึงเจริญไวกว่าประเทศที่ดำเนินนโยบายทางการค้าที่เข้มงวด ปิดบัง คำประกาศโดฮา (Doha Ministerial Declaration) คือ การยอมรับทางการเมืองของประเทศสมาชิก WTO ว่า “การค้ามิใช่เพียงเพื่อการค้า” แต่การค้าเป็นเครื่องมือที่สามารถสนับสนุนการพัฒนา (ที่ยั่งยืน) ได้ กล่าวคือ “การพัฒนา

อย่างยั่งยืน” และ MEAs ในเวทีการค้า เช่น WTO จึงเป็นก้าวสำคัญของการยอมรับว่า มีมิติสำคัญอื่นๆ อยู่ในวาระการพัฒนา (Development agenda)

อย่างไรก็ดี กลไกการค้าเสรี ไม่ว่าจะเป็น WTO หรือ FTA ต่างมุ่งขยายการค้า (และการลงทุน) เป็นหลัก ถ้าต้องสนองตอบต่อข้อเรียกร้องทางด้านสิ่งแวดล้อม การสนองตอบนั้นยังคงเป็นรองการค้า ดังจะเห็นได้จากการตัดสินใจพิพาททางการค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม

ความแตกต่างที่สำคัญอีกประการหนึ่งระหว่างการค้า และสิ่งแวดล้อม คือ ผลประโยชน์ทางการค้าเป็นผลประโยชน์ส่วนบุคคล ขณะที่ผลประโยชน์ด้านสิ่งแวดล้อมเป็นผลประโยชน์สาธารณะ เป็นในทางตรง เป้าหมายด้านนโยบายทั้งสองจึงอาจจะแตกต่างกัน หรืออาจจะขัดแย้งกันในบางโอกาสได้ นอกจากนี้แล้ว ผลสัมฤทธิ์ (Outcome) ของนโยบายทั้งสองยังแตกต่างกันได้ เช่น การค้าสามารถทำให้ประเทศมีสมรรถนะทางการเงิน และเทคโนโลยีในการดูแลสิ่งแวดล้อม ขณะที่การดูแลสิ่งแวดล้อมทำให้สวัสดิการของประชาชนดีขึ้น เกิดความเป็นธรรมระหว่างคนในรุ่นปัจจุบัน และคนในรุ่นต่อไป (Intergenerational equity)

7. จุดเชื่อมต่อระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม

การพัฒนาอย่างยั่งยืนจึงเป็นจุดเชื่อมต่อระหว่างการค้าและการปกป้องสิ่งแวดล้อม อีกทั้งเป็นจุดที่จะกำหนดความสมดุลของการดำเนินงาน ถ้าจะพิจารณาใน UNFCCC จะพบว่า มีสาระและหลักการสำคัญที่กล่าวถึงการพัฒนาอย่างยั่งยืนอยู่มากมาย เช่น

(1) มาตรา 3 หลักการประกอบด้วย

- Common but differentiated responsibility
- Specific need and special circumstances
- Precautionary measures
- สิทธิในการพัฒนาอย่างยั่งยืน
- มาตรา 3 (5) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่เปิด โดยกล่าวอีกว่า “มาตรการที่ใช้แก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ไม่ควรเป็นมาตรการจูงใจ หรือเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือเป็นข้อจำกัดแฝง (disguised restriction) กับการค้าระหว่างประเทศ

(2) นอกจากนี้ สาระในมาตราอื่นๆ ของ UNFCCC ยังผูกโยงได้อย่างใกล้ชิดกับมิติทางการค้า เช่น

- มาตรา 4 (1.C) และ 4 (5) กล่าวถึงการถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology transfer)
- มาตรา 4 (10) ให้ความสำคัญ หรือความตระหนักแก่ระบบเศรษฐกิจ 3 กลุ่ม คือ ประเทศยากจน ประเทศผู้ผลิตน้ำมัน และประเทศที่พึ่งพาน้ำมัน

(3) พิธีสารเกียวโต มีสาระสำคัญหลายด้านที่เกี่ยวกับการค้า เช่น Emissions Trading (ET), Joint Implementation (JI), Clean Development Mechanism (CDM) การค้าและการใช้พลังงาน การจัดการป่าไม้ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับการค้า เช่น

- มาตรา 2 (2) การควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิงสำหรับเครื่องบินและการเดินสมุทร
- มาตรา 2 (3) การใช้นโยบายและมาตรการ เพื่อลดผลกระทบทางลบต่อเศรษฐกิจและการค้าระหว่างประเทศ
- มาตรา 3 (14) กล่าวถึง การเงิน การประกัน และการถ่ายทอดเทคโนโลยี
- มาตรา 6 กล่าวถึง การโอนเครดิต
- มาตรา 10 C กล่าวถึง การถ่ายโอนเทคโนโลยีที่เป็นมิตรกับสภาพภูมิอากาศ
- มาตรา 12 กล่าวถึง CDM ที่เป็นกลไกการลงทุน และการค้า (เครดิต)

(4) ตัวอย่างประเด็นขัดแย้งระหว่างข้อตกลงการค้าเสรี และอนุสัญญาว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ได้แก่

- การค้าพืช (ต้นไม้) ที่ดูดซับคาร์บอนได้ดี แต่กลับเป็นพืช GMO ที่อาจจะไม่เป็นที่ยอมรับทางด้านการค้าตามนโยบายของประเทศ
- CDM จำกัดสิทธิทางการค้า เครดิตของประเทศกำลังพัฒนาที่ร่วมโครงการ ซึ่งอาจจะเป็นประเด็นความขัดแย้งทางการค้าได้
- สหรัฐไม่เป็นภาคีของพิธีสารเกียวโต อาจจะถูกฟ้องร้องว่าเป็นการแข่งขันทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม เพราะมีได้คิดต้นทุนด้านสิ่งแวดล้อม (ก๊าซเรือนกระจก) เข้าไปในต้นทุนการผลิต
- การไม่ปฏิบัติตามพันธกรณีของ UNFCCC ว่าด้วยการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นการขัดข้อตกลงทางสิ่งแวดล้อม แต่ยังไม่ชัดเจนว่า การผูกพันดังกล่าวขัดกับหลักการค้าเสรีหรือไม่
- ทั้ง ET และ JI เป็นกลไกการค้าที่กีดกันประเทศกำลังพัฒนาออกไปจากการค้าคาร์บอนเครดิตโดยโจ่งแจ้ง
- ไม่แน่ชัดว่า การทำการติดฉลาก (Labeling) ให้กับเทคโนโลยี หรือผลิตภัณฑ์ที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม เป็นการสร้างข้อจำกัดทางการค้า (Trade restriction) หรือไม่
- การส่งเสริมการผลิต และการใช้ Biofuel เช่น เอทานอล และ biodeisel มีผลกระทบทางการค้าในทางลบต่อการใช้ทรัพยากร และการบริโภคอาหารและวัตถุดิบอาหารสัตว์
- ไม่แน่ชัดว่า ขอบเขตของ Green Subsidy สำหรับสินค้าเกษตรที่ใช้เป็น Biofuel ได้ด้วยสิ้นสุดลงที่ใด และ/ หรือ การใช้ Subsidy ทำได้โดยไม่ผิดกฎการค้าหรือไม่

8. ข้อบทด้านสิ่งแวดล้อมใน FTA ไทย-สหรัฐ

ในข้อบทด้านสิ่งแวดล้อม (Environment Chapter) ยังไม่มีข้อความที่น่าเสนอใดๆ เลยที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ในข้อบทด้านการลงทุนเองก็ยังไม่มีการกล่าวถึงอย่างเปิดเผยในประเด็นเหล่านี้ อย่างไรก็ตาม นักวิจัยมีประเด็นที่เสนอให้พิจารณา ดังนี้

- (1.) พันธกรณีของไทย และสหรัฐต่างกัน ทั้งในส่วนของ UNFCCC และพิธีสารเกียวโต อาจจะมีผลต่อการค้า-การลงทุน และการคุ้มครองสภาพภูมิอากาศ

- (2.) ยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการค้าภายใต้ FTA และการคุ้มครองสภาพภูมิอากาศ ทำให้ไม่อาจจะคาดเดาผลกระทบจากความแตกต่างในข้อ (1) ได้
- (3.) แต่ต้องระลึกว่า FTA เป็นข้อตกลงทางการค้า จึงน่าจะให้ความสำคัญแก่มิติทางการค้ามากกว่าด้านสิ่งแวดล้อม
- (4.) เพราะเหตุผลจากข้อ (1) ทำให้ Right to regulate ของไทยและสหรัฐใน FTA ต่างกัน แต่สิ่งนี้จะเป็นที่ยอมรับร่วมกันได้หรือไม่ (ถ้ามีการกล่าวถึง) ยังเป็นที่ไม่ชัดเจน และยังไม่มีการเจรจา
- (5.) มาตรการโดยสมัครใจ เช่น Labeling และ CDM อาจจะทำให้บทบาท และนโยบายฝ่ายไทยเปลี่ยนไปภายใต้ FTA (ที่มีสาระด้านสภาพภูมิอากาศอยู่)
- (6.) ผลของ FTA ทำให้มีการขยายตัวของการค้า-การลงทุน ก่อให้เกิด Footprint และการปล่อยก๊าซเรือนกระจกออกมามากขึ้นกว่าเดิม (กรณีไม่มี FTA) ความรับผิดชอบส่วนนี้อยู่ที่ใด?

9. ข้อสังเกตเกี่ยวกับ NTB

ความขัดแย้ง หรือการแอบใช้มาตรการด้านการค้า หรือสิ่งแวดล้อม เพื่อตอบสนองเป้าหมายทางการค้าภายใต้ FTA ย่อมจะเกิดได้จากทั้งไทย และสหรัฐ ถ้าเป็นเช่นนั้นจะก่อให้เกิดต้นทุนเพิ่มในมิติของ Dispute Settlement สถานภาพความเป็นสมาชิกของไทยและสหรัฐภายใต้ UNFCCC และพิธีสารเกียวโตต่างกัน ย่อมทำให้ Dispute Settlement ทำได้ยากกว่ากรณีปกติ (เมื่อไม่มี FTA) การเลือกใช้มาตรการเพื่อบรรลุเป้าหมายด้านการค้า เช่น การห้ามนำเข้าพืช (ต้นไม้ม) GMO มาปลูกสวนป่า ถ้ากระทำได้อย่างต้องมีต้นทุนการแก้ไขความขัดแย้งสูงมาก

รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตราย
ในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า : จุดยืนและข้อเสนอของไทย

โดย

ดร.สุจิตรา วัฒนาดำรงดี

บทคัดย่อ

สถานการณ์ปัญหาและการจัดการของเสียอันตราย เป็นประเด็นหนึ่งที่มีมักจะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือต่อรองในเวทีการค้าระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกัน มาตรการทางการค้าก็ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมในเวทีสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ อันเป็นอุปสรรคต่อการค้า งานวิจัยนี้มุ่งที่จะศึกษา ติดตาม วิเคราะห์ผลกระทบต่อประเทศไทยที่เกิดจากระเบียบเกี่ยวกับเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Waste Electrical and Electronic Equipment, WEEE) และระเบียบเกี่ยวกับการจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances, RoHS) ซึ่งเป็นมาตรการฝ่ายเดียวของสหภาพยุโรป และมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal) ซึ่งเป็นข้อตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อมที่ประเทศไทยเป็นสมาชิก ตลอดจนข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเจรจาการค้าและสิ่งแวดล้อมในเวทีระหว่างประเทศ

ผลการศึกษา พบว่า มาตรการทางการค้าที่ใช้ในอนุสัญญาบาเซลส่งผลในทางบวกให้กับประเทศไทยมากกว่าผลในทางลบ เนื่องจากการปฏิบัติตามข้อกำหนดของอนุสัญญาจะทำให้ทราบล่วงหน้าหากมีการนำเข้า นำผ่าน และส่งออกของเสีย ซึ่งสามารถพิจารณาเตรียมการ และเผื่อระวังให้เกิดความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยได้มากกว่าการไม่ได้เป็นภาคี แต่มาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการป้องกันการลักลอบทิ้งของเสียอันตรายทั้งในรูปของเสียหรือสินค้ามือสอง ที่ต้องอาศัยปัจจัยภายในของประเทศภาคีเอง คือ การบังคับใช้กฎหมาย และการควบคุมตรวจสอบการนำเข้าสินค้าที่เข้มงวด

เป็นที่คาดการณ์ว่า หากข้อห้ามบาเซลมีบังคับใช้ ผู้ที่ได้รับผลกระทบ คือ กลุ่มบริษัทที่นำเข้าของเสียอันตรายเพื่อนำมาแปรสภาพ หรือนำกลับมาใช้ใหม่ ซึ่งแม้สัดส่วนการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายยังอยู่ในระดับต่ำ แต่ในช่วง 2 ปีที่ผ่านมา พบว่า มีอัตราการนำเข้าและส่งออกสูงมาก หากไม่มีการพัฒนาระบบติดตามตรวจสอบการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายอย่างใกล้ชิด ประเทศไทยอาจประสบปัญหาดังเช่นประเทศเพื่อนบ้าน (มาเลเซีย ฟิลิปปินส์ จีน) ที่มีบริษัทต่างชาติที่เข้ามาดำเนินธุรกิจรีไซเคิลของเสียอันตราย โดยแอบนำเข้าของเสียอันตรายจากบริษัทแม่มาทิ้ง

ส่วนมาตรการฝ่ายเดียวของประเทศคู่ค้า คือ ระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS ของสหภาพยุโรปซึ่งมีผลบังคับใช้แล้วนั้น พบว่า ได้ส่งผลในทางลบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทยค่อนข้างมาก โดยเฉพาะผู้ประกอบการไทยที่เป็นผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SMEs) แต่ผลกระทบที่เกิดขึ้นไม่ได้เกิดขึ้นอย่างรุนแรง หรือในวงกว้างมากนัก เนื่องจากภาครัฐและภาคเอกชนได้ร่วมมือกันในการศึกษา คาดการณ์ผลกระทบ และเตรียมความพร้อมของผู้ประกอบการทั้งในด้านข้อมูลข่าวสารและความช่วยเหลือด้านเทคนิคและโครงสร้างพื้นฐาน เช่น การสร้างศูนย์ทดสอบสารอันตราย 6 ชนิด ตามระเบียบ RoHS

นอกจากผลกระทบต่อภาคอุตสาหกรรมแล้ว ระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS อาจส่งผลทางลบต่อสถานการณ์ของเสียอันตรายภายในประเทศไทยเอง โดยมีความเป็นไปได้ที่จะมีการนำเข้าหรือลักลอบนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์หรือสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานตามระเบียบทั้งสอง ในรูปสินค้ามือสองหรือสินค้าตกทุนราคาถูก จากประเทศในสหภาพยุโรปมายังประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งประเทศไทย ภาครัฐจึงควรผลักดันให้มีการออกกฎหมาย นโยบายและมาตรการในเชิงรุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งการผ่านกฎหมายที่คล้ายกับระเบียบ WEEE และ RoHS และการผ่านร่างยุทธศาสตร์การจัดการของเสียอันตรายภายในประเทศที่กรมควบคุมมลพิษได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีโดยเร็ว ซึ่งจะช่วยป้องกันป้องกันการนำเข้าหรือลักลอบนำเข้าขยะอิเล็กทรอนิกส์หรือสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานเข้าประเทศ อีกทั้งจะเป็นกระตุ้นให้มีการพัฒนาระบบการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อแก้ปัญหาขยะอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศที่เพิ่มปริมาณขึ้นอย่างรวดเร็วในปัจจุบัน

Abstract

Hazardous waste situation and management is often used as negotiating tools in international trade regime. At the same time, trade measures are used as tools to achieve environmental goals in international environmental forums, which often cause barriers to trade. The objectives of this research are to review the current situation and to analyze impacts of two environmental requirements - Directive on Waste Electrical and Electronic Equipment (WEEE) and Directive on Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances (RoHS), which are unilateral measures of the European Union imposed to its industry sector and those of trade measures in Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, a multilateral environmental agreement in which Thailand is member. Policy recommendations on international negotiations on trade and environment are also provided.

The study reveals that the trade measures in Basel Convention are expected to generate positive impacts to Thailand as the implementation of the Convention provides prior notice to the government officials on the imports, transits and exports of hazardous wastes allowing parties to prevent their citizen and natural resources from being exposed to hazardous wastes. However the trade measures in the Convention may not be sufficient to be able to prevent illegal traffic of hazardous waste or legal imports under the form of “used products” as internal factors including strict law enforcement and import controls and inspections in each country are also important elements.

It is expected that if the Ban amendment is come into force, recycling business sector relying on import hazardous wastes as raw materials will be most affected. Although the current amount of imports and exports are still low, the import-export rate is very high during the last two years. Without having strict import-export control and inspection system developed, Thailand may encounter problem of illegal traffic of hazardous wastes by foreign recycling companies.

With regard to the two environmental requirements of the EU, the WEEE and RoHS Directives, which already came into force, it is found to create a large negative impact on Thai electric and electronic exporting industry, particularly Thai small and medium enterprises (SMEs). However, the degree of impact may not be severed or in a large scale as the government and private sectors have been working together in conducting impact assessments and assisting the industry by providing WEEE and RoHS information and updates and technical

assistance and necessary facilities, e.g., the establishment of the Trace Element Analysis Laboratory to test the six banned substances in electrical and electronic components.

Besides the impacts on the industry, these two regulations may aggravate the hazardous waste situation in Thailand. As more electric and electronic wastes (e-wastes) are collected as a result of WEEE, it is likely that the collected e-wastes will be transferred to developing countries including Thailand either the form of used products or cheap products. It is suggested that more proactive laws, policies and measures are yet to be promulgated or issued especially the promulgation of Thai WEEE and RoHS laws and the approval of the draft strategic plan on hazardous waste management proposed by the Pollution Control Department. Such laws and strategic plan will help preventing illegal traffic of e-wastes or sub-standard products imported into the country and encouraging the development of hazardous waste management system in Thailand to cope with the rapid increase in the amount of domestic e-wastes today.

การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตราย ในเวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้า: จุดยืนและข้อเสนอของไทย

สุจิตรา วาสนาคำรงค์¹

บทนำ

สถานการณ์ปัญหาและการจัดการของเสียอันตราย เป็นอีกหัวข้อหนึ่งที่ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือต่อรองในเวทีการค้าระหว่างประเทศ และในขณะเดียวกัน มาตรการทางการค้าก็ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมในเวทีสิ่งแวดล้อม ที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า

ในเวทีการค้าระหว่างประเทศ มีการนำเหตุผลและมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นอุปสรรคต่อการค้า มากำหนดเงื่อนไขการผลิตสินค้าที่จะต้องเอื้อต่อสิ่งแวดล้อมมากขึ้น ดังเช่น ระเบียบเกี่ยวกับเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Waste Electrical and Electronic Equipment, WEEE) และระเบียบเกี่ยวกับการจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances, RoHS) ของสหภาพยุโรป ซึ่งส่งผลกระทบทั้งในทางบวกและทางลบต่อการค้าขายระหว่างประเทศและการดูแลจัดการปัญหาสิ่งแวดล้อมของไทย

ในเวทีสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements, MEAs) ซึ่งหนึ่งในนั้น คือ อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal) อนุสัญญาบาเซลได้นำมาตรการทางการค้าบางอย่างมาใช้เป็นเครื่องมือในการบรรลุวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฯ ซึ่งมาตรการทางการค้าเหล่านี้ได้ถูกมองว่า ขัดต่อหลักเกณฑ์การค้าเสรีขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization) ซึ่งประเทศไทยเป็นสมาชิกด้วยเช่นกัน

ความเกี่ยวโยงระหว่างพันธกรณีด้านการค้าและสิ่งแวดล้อม และมาตรการที่ประเทศคู่ค้ากำหนดขึ้นเป็นปัจจัยสำคัญที่มีผลอย่างยิ่งต่อประเทศไทยในการกำหนดนโยบายด้านการค้าและสิ่งแวดล้อม และในการเจรจาแบบทวิภาคีเพื่อจัดทำเขตการค้าเสรี (Free Trade Area, FTA) ที่ประเทศไทยกำลังดำเนินการอยู่ ดังนั้น การกำหนดนโยบาย แผนและมาตรการของประเทศไทยต่อการเจรจา ต่อการปฏิบัติตามพันธกรณี และต่อการปรับตัวของผู้ผลิตหรือผู้ประกอบการ จะต้องอยู่บนพื้นฐานความเข้าใจที่ทันสถานการณ์ความเปลี่ยนแปลง และความเข้าใจต่อความเกี่ยวโยงของความตกลงในระดับต่างๆ รายงานการศึกษานี้ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ “โครงการหน่วยจัดการความรู้ด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมในสถานการณ์สากล” มุ่งจะนำเสนอผลการศึกษา วิเคราะห์การเจรจาเรื่องการจัดการของเสียอันตรายใน

¹ นักวิจัยอิสระ

เวทีสิ่งแวดล้อมและเวทีการค้าที่จะส่งผลกระทบต่อประเทศไทย ตลอดจนข้อเสนอแนะเชิงนโยบายต่อการเจรจาการค้าและสิ่งแวดล้อมในเวทีระหว่างประเทศ

รายงานการศึกษานี้ นำเสนอผลวิเคราะห์ของความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม คือ อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน และมาตรการฝ่ายเดียวของประเทศคู่ค้า คือ ระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS ของสหภาพยุโรป ภายใต้กรอบการวิเคราะห์ที่พิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม (ความเชื่อมโยง, ความขัดแย้ง) ผลกระทบจากมาตรการการค้าที่ไม่ใช่ภาษีต่อประเทศไทย และโอกาสการสร้างรายได้เปรียบ/มาตรการเชิงรุกของไทย

1. อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้าย

และการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal)

1.1 บทนำ

ในปัจจุบัน ของเสียอันตรายกำลังกลายเป็นปัญหาสิ่งแวดล้อมที่สำคัญสำหรับประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศกำลังพัฒนา เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้ว ได้ผ่านการพัฒนาด้านอุตสาหกรรม และเกิดกระแสการตื่นตัวด้านสิ่งแวดล้อมในการดำเนินนโยบายและมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่เข้มงวดขึ้น การจัดการของเสียอันตรายในประเทศพัฒนาแล้ว มีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก อีกทั้ง การก่อสร้างโรงงานกำจัดของเสียอันตรายมักจะไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชน ประเทศพัฒนาแล้วจึงหาทางออกด้วยการส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ หรือทิ้งตามเกาะในมหาสมุทรที่ห่างไกล หรือแม้กระทั่งถมทิ้งลงในทะเลนอกน่านน้ำของประเทศต่างๆ ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมทางทะเลเป็นอันมาก

นอกจากนั้น ประเทศพัฒนาแล้ว ยังนำความคิดเกี่ยวกับการนำของเสียอันตรายไปใช้ประโยชน์อื่นหรือหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ใหม่ (recycle) เข้ามาเผยแพร่ในประเทศกำลังพัฒนาต่างๆ ด้วย ทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายจากประเทศพัฒนาแล้ว โดยอ้างว่าเป็นทรัพยากรวัตถุดิบสำหรับป้อนโรงงานที่ทำธุรกิจนำกลับมาใช้ใหม่ในประเทศกำลังพัฒนาทั่วโลก

การเติบโตของธุรกิจการนำเข้าและส่งออกกากของเสียอันตรายระหว่างประเทศได้ก่อความเสียหายต่อสภาพแวดล้อมของประเทศผู้นำเข้าซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ที่ขาดความรู้และเทคโนโลยีในการจัดการกากสารพิษ อีกทั้ง ปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายจากประเทศอุตสาหกรรมไปทิ้งในประเทศด้อยพัฒนาในทวีปแอฟริกา อเมริกากลาง และเอเชียใต้ทวีความรุนแรงมากขึ้นตามลำดับ กรณีปัญหาหนึ่งที่ทำให้นานาประเทศต่างหันมาให้ความสนใจต่อปัญหาการจัดการของเสียอันตราย คือ การลักลอบนำกากกัมมันตภาพรังสีและของเสียอันตราย ซึ่งปนเปื้อนด้วยสาร Polychlorinated Biphenyl (PCBs) กว่า 3,800 ตันจากประเทศอิตาลี มาทิ้งที่เมืองโคโค (Koko) ประเทศไนจีเรีย เมื่อปีพ.ศ. 2531

การขาดการจัดการของเสียอันตรายอย่างเหมาะสมอาจนำไปสู่ความเสียหายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงได้ ผลกระทบมีตั้งแต่การที่ประชาชนสัมผัสกับสารพิษโดยตรง ไปจนถึงความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมในระยะยาวอันเนื่องมาจากการปนเปื้อนของสารเคมีในดินและแหล่งน้ำ ใต้ดิน การปล่อยโลหะหนัก เช่น ตะกั่ว แคดเมียม และปรอทสู่บรรยากาศ อาจก่อให้เกิดการสะสมทางชีววิทยาในห่วงโซ่อาหารโดยเฉพาะในปลา ซึ่งเป็นช่องทางหลักที่ทำให้ประชาชนทั่วไปได้รับสารพิษเข้าสู่ร่างกาย²

ด้วยเหตุที่องค์ความรู้ที่จำกัดและความไม่แน่นอนเกี่ยวกับผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะผลกระทบในระยะยาว ประกอบกับความเสี่ยงที่การจัดการของเสียอันตรายอย่างผิดวิธีจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรงและอาจไม่สามารถเอาคืนกลับมาได้ อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดน (Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal) ได้ก่อกำเนิดขึ้นบนพื้นฐานของหลักความปลอดภัยไว้ก่อน (precautionary principle) ดังจะเห็นได้ว่า แม้ว่าจะยังไม่มีความรู้อย่างสมบูรณ์เกี่ยวกับขนาดและผลกระทบของการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามประเทศ นานาประเทศได้เข้าร่วมอนุสัญญานี้โดยมองว่าเป็นกลไกป้องกันผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อมที่อาจมีขนาดความเสียหายที่ร้ายแรงและไม่สามารถฟื้นฟูให้เป็นอย่างเดิมได้

อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามแดนถือกำเนิดขึ้นจากการที่โครงการสิ่งแวดล้อมแห่งสหประชาชาติ (The United Nations Environment Programme: UNEP) ได้จัดประชุมนานาชาติขึ้น ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2532 ณ นครบาเซล ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ เพื่อจัดทำร่างอนุสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการนำเข้า ส่งออก และนำผ่านของเสียอันตรายให้เกิดความปลอดภัย ไม่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพอนามัย รวมทั้งป้องกันการขนส่งที่ผิดกฎหมายและช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการถ่ายทอดเทคโนโลยีการจัดการของเสียอันตราย โดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม ต่อมา ได้เปิดให้ประเทศต่างๆ ได้ลงนามเข้าร่วมเป็นภาคีตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม 2533 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 พฤษภาคม 2535 ปัจจุบันมีประเทศภาคีที่ให้สัตยาบันเป็นภาคีอนุสัญญาแล้วจำนวนทั้งหมด 168 ประเทศ (ข้อมูล ณ เดือนมิถุนายน 2549, <http://www.basel.int/ratificationsetmain.php>)

ประเทศไทยได้จัดส่งผู้แทนเข้าร่วมการประชุมระดับนานาชาติเพื่อจัดทำร่างอนุสัญญาและกำหนดข้อตกลงต่างๆ มาโดยลำดับ และได้ให้สัตยาบันเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาบาเซล เมื่อวันที่ 24

² แม้ว่าองค์ความรู้เกี่ยวกับผลกระทบจากของเสียอันตรายต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมโดยเฉพาะผลกระทบในระยะยาวยังมีอยู่จำกัด แต่ก็พบกรณีศึกษาที่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างชุมชนที่ได้สัมผัสกับของเสียอันตรายโดยตรงกับอัตราการเจ็บป่วยด้วยโรคโลหิตเป็นพิษ มะเร็งตับ และความผิดปกติของระบบทางเดินหายใจ ความเสียหายที่เกิดกับสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยยังก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายทางเศรษฐกิจที่สูงมาก หากคิดเฉพาะค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูและบำบัดพื้นที่ที่ได้รับการปนเปื้อนเพียงอย่างเดียว โดยไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายในการรักษาผู้เจ็บป่วย ก็เป็นจำนวนเงินกว่าพันล้านดอลลาร์ในหลายประเทศ (Hagen and Houseman, 1995 อ้างใน OECD, 1999)

พศตจิกายน 2540³ อนุสัญญาบาเซลมีผลบังคับใช้ต่อประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2541 เป็นต้นมา

1.2 สารสำคัญของอนุสัญญาบาเซล

1.2.1 คำจำกัดความ

อนุสัญญาบาเซลได้นิยาม “ของเสีย” ว่าหมายถึง วัตถุซึ่งถูกกำจัดหรือเจตนาจะกำจัดหรือต้องการกำจัด โดยข้อกำหนดตามกฎหมายของประเทศ และกำหนดขอบเขตของอนุสัญญาว่าครอบคลุมของเสียที่มีการเคลื่อนย้ายข้ามแดน ที่อนุสัญญาถือว่าเป็น “ของเสียอันตราย” ได้แก่

(ก) ของเสียประเภทใดใดในภาคผนวก 1 เว้นแต่ที่ไม่เข้าลักษณะใดลักษณะหนึ่งในภาคผนวก 3

(ข) ของเสียที่ไม่อยู่ในวรรค (ก) แต่ได้รับการนิยามหรือได้รับการพิจารณาว่าเป็นของเสียอันตรายโดยกฎหมายภายในของประเทศภาคีสถังออก ผู้นำเข้า หรือผู้นำผ่าน

นอกจากนี้ ยังมีของเสียในภาคผนวก 2 ที่มีการเคลื่อนย้ายข้ามแดน ซึ่งอนุสัญญาถือว่าเป็น “ของเสียอื่น” ซึ่งต้องพิจารณาเป็นพิเศษ ได้แก่ ของเสียจากอาคารบ้านเรือน (Y46) และกากที่เกิดจากการเผาของเสียจากอาคารบ้านเรือน (Y47)

ของเสียในภาคผนวก 1 ครอบคลุมของเสียจากแหล่งกำเนิดหรือกระบวนการผลิต 18 แหล่ง (Y1-Y18) อาทิ ของเสียจากการรักษาพยาบาลทางการแพทย์ ของเสียประเภทกากน้ำมันดิบที่เกิดจากโรงกลั่นน้ำมัน กากที่เกิดจากการดำเนินการกำจัดของเสียทางอุตสาหกรรม เป็นต้น และของเสียที่มีองค์ประกอบที่เป็นอันตราย 27 ชนิด (Y19-Y45) อาทิ โลหะคาร์บอนิล แคดเมียม ตะกั่ว สารหนู แอสเบสตอส (ฝุ่นและเส้นใย) เป็นต้น โดยของเสียเหล่านี้จะมีลักษณะที่เป็นอันตราย ตามภาคผนวก 3 ซึ่งมี 13 ลักษณะ (H1-H13) อาทิ ระเบิดได้ ของเหลวที่ติดไฟได้ สารพิษอย่างรุนแรง สารกัดกร่อน เป็นต้น ทั้งนี้ของเสียในภาคผนวก 1 เหล่านี้ ได้ถูกจัดแสดงเป็นบัญชีรายชื่อของเสียที่ควบคุม ในภาคผนวก 8 โดยมีทั้งหมด 61 รายการ ได้แก่

(1) ของเสียประเภทโลหะและที่มีโลหะเป็นองค์ประกอบ 19 ชนิด เช่น ของเสียประเภทโลหะที่มีพลวง สารหนู เบริลเลียม แคดเมียม ฯลฯ เป็นโลหะผสม กากตะกอนจากการชุบโลหะ แก้วจากการเผาสายฉนวนหุ้มเส้นลวดทองแดง

(2) ของเสียที่มีสารอินทรีย์เป็นองค์ประกอบหลัก 6 ชนิด เช่น หลอดแก้ว Cathode-ray และ Activated glass อื่นๆ ของเสียประเภทสารเร่งปฏิกิริยา (Catalysts) ของเสียแอสเบสตอสในรูปฝุ่นและเส้นใย ถ้าวลอยจากโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าจากถ่านหิน

³ เป็นที่น่าสังเกตว่า ประเทศไทยใช้เวลาในการเตรียมความพร้อมในการให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาบาเซล ถึง 7 ปี นับตั้งแต่ที่ได้ลงนามรับรองอนุสัญญาเมื่อวันที่ 22 มีนาคม 2533 ความล่าช้าในการให้สัตยาบันมีสาเหตุมาจากการขาดความพร้อมในหลายประการ เช่น การขาดมาตรการในการควบคุมนำเข้า ส่งออก และนำผ่านของเสียอันตรายที่มีประสิทธิภาพ และความสามารถที่จะวินิจฉัยข้อแอมแฝงต่างๆ ที่มากับของเสียที่นำเข้าได้ ตลอดจนขาดข้อปฏิบัติเกี่ยวกับระบบการประกันภัย และการค้าประกันทางการเงินและการชดใช้ค่าเสียหาย เป็นต้น (บุญจง ขาวสิทธิวิงษ์, 2537)

(3) ของเสียที่มีสารอินทรีย์เป็นองค์ประกอบหลัก 20 ชนิด เช่น ของเสียจากการผลิต Petroleum coke และ/หรือ Bitumen ของเสียประเภทน้ำมันแร่ ของเสียประเภทของเหลวที่เป็นตัวถ่ายเทความร้อน

(4) ของเสียที่มีองค์ประกอบอินทรีย์และอินทรีย์ 16 ชนิด เช่น ของเสียจากการรักษาพยาบาล ของเสียจากการผลิต การผสม และการใช้สารเคมีรักษาเนื้อไม้ ของเสียที่สามารถระเหยได้ ของเสียที่ประกอบหรือปนเปื้อนด้วยสารไซยาไนด์อินทรีย์ ของเสียผสมระหว่างน้ำมัน-น้ำ หรือไฮโดรคาร์บอน-หรือน้ำ หรืออยู่ในรูปอิมัลชัน

1.2.2 วิเคราะห์เนื้อหาสาระของอนุสัญญาบาเซล

อนุสัญญาบาเซลเป็นอนุสัญญาที่ก่อกำเนิดขึ้นภายใต้บริบทของนโยบายการเมืองระหว่างประเทศของกลุ่มประเทศสองกลุ่มที่มีแนวความคิดแตกต่างกัน ดังนี้

1) ประเทศที่ต้องการห้ามนำเข้าของเสียอันตราย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ไม่มั่นใจว่าจะสามารถตรวจตราบังคับใช้กฎหมายห้ามนำเข้าของตนเองได้อย่างทั่วถึง หากยังมีประเทศต่างๆ ปลอมใจให้สามารถส่งออกของเสียอันตรายได้อยู่ ไม่ว่าจะเป็นการส่งออกโดยได้รับอนุญาตหรือลักลอบส่งออกก็ตาม แนวคิดดังกล่าวจึงเป็นมุมมองของประเทศที่ไม่ต้องการนำเข้าของเสียอันตรายโดยสิ้นเชิง

2) ประเทศที่ต้องการประหยัดค่าใช้จ่ายในการกำจัดของเสีย โดยการส่งของเสียอันตรายของตนออกไปกำจัดในประเทศที่ต้องการรับนำเข้าของเสียอันตรายมาหมุนเวียนใช้ใหม่ เพราะเห็นว่าคัมค่าทางเศรษฐกิจตามฐานะของตนเอง ประเทศกลุ่มหลังนี้จึงไม่ต้องการให้มีการกีดกันการนำเข้าและส่งออก แต่เสนอให้มีการควบคุมให้เป็นระบบภายใต้หลักความยินยอมล่วงหน้า โดยให้เหตุผลว่า การปล่อยให้เกิดการส่งของเสียอันตรายไปจัดการในประเทศที่ต้องการนำไปใช้ใหม่ (รีไซเคิล) เป็นการทำให้เกิดการใช้ทรัพยากรอย่างคุ้มค่า และประเทศที่ต้องการนำเข้าก็ได้ประโยชน์ที่สามารถนำของใช้แล้วราคาถูกไปใช้ต่อได้ ขณะเดียวกัน เป็นการช่วยประหยัดทรัพยากรพื้นฐานของตน (สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

ดังนั้น อนุสัญญาบาเซลจึงไม่ได้มุ่งที่จะระงับการขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างเด็ดขาด หากแต่เกิดขึ้นมาจากการประสานความคิดสองฝ่ายข้างต้นเข้าด้วยกัน จนออกมาเป็นข้อกำหนดตามมาตรา 4 ในอนุสัญญาที่กำหนดภาระแก่ประเทศภาคี นอกจากนี้ ได้กำหนดข้อบังคับทั่วไปไว้ว่า ให้หามาตรการที่เหมาะสมที่ประกันว่าจะอนุญาตให้ขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะเมื่อ

(a) ประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถจัดการของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะและคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ (environmentally sound and efficient manner) หรือ

(b) ของเสียอันตรายนั้นเป็นสิ่งที่ต้องการของประเทศนำเข้าเพื่อเอาไปเป็นวัตถุดิบสำหรับการนำกลับมาใช้ใหม่ (recycle) หรือไปผ่านกระบวนการเปลี่ยนสภาพขยะเพื่อนำไปใช้อีก (recovery) หรือ

(c) มีการตกลงกันโดยเฉพาะระหว่างคู่กรณี ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

พันธกรณีตามอนุสัญญาบาเซล อาจสรุปได้ว่า ยินยอมให้มีการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามประเทศได้ หากได้รับอนุญาต และอยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของผู้ส่งออก อย่างไรก็ดี การที่ให้มีการควบคุมแต่ไม่ห้ามการนำเข้า-ส่งออกโดยสิ้นเชิง มีจุดอ่อนในทางปฏิบัติอยู่ตรงที่ไม่มีใครสามารถยืนยันได้ว่า การ

อนุญาตให้ขนย้ายของเสียข้ามแดนเป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอย่างแท้จริง
ปรากฏการณ์เช่นนี้ไม่น่าจะเป็นปัญหาสำหรับประเทศที่ห้ามนำเข้าของเสียอันตรายอย่างเด็ดขาดอยู่แล้ว

มาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล

กลไกหลักของอนุสัญญาบาเซลในการควบคุมและจัดการการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน คือ การแจ้งข้อมูล (notification) และการรับรองการแจ้งข้อมูลล่วงหน้า (prior informed consent) เกี่ยวกับการนำเข้าส่งออกของเสียอันตราย รวมถึงข้อกำหนดที่ให้ประเทศภาคีต้องจัดการกับของเสียอันตรายโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม

อนุสัญญาบาเซลอาศัยการค้าเป็นเครื่องมือของการบรรลุเป้าหมายอย่างชัดเจน ดังจะเห็นได้จากการที่ให้สิทธิแก่ประเทศภาคีในการตัดสินใจว่าจะให้มีการขนส่งของเสียอันตรายหรือสารประเภทอื่นๆ เข้ามาในประเทศของตนเองหรือไม่ ขณะเดียวกันก็มีสิทธิจัดการกับของเสียอันตรายที่ถูกจัดส่งเข้ามา สิทธิดังกล่าว มีมากถึงขั้นที่จะประกาศห้ามนำเข้าของเสียอันตรายใดๆ ก็ได้ (ฝ่ายการจัดการ ทรัพยากรธรรมชาติ สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2539) ข้อห้ามสำคัญภายใต้อนุสัญญาบาเซล ได้แก่

(1) ระเบียบการแจ้งและการรับรองการแจ้งล่วงหน้า (Notification and Consent Procedures) อนุสัญญาบาเซลได้ใช้ระบบการรับรองการแจ้งข้อมูลล่วงหน้า (Prior informed consent) เพื่อการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน กล่าวคือ ก่อนการนำเข้า ส่งออก และนำผ่านของเสียอันตรายไปยังประเทศภาคีอื่นจะต้องแจ้งรายละเอียดและขออนุญาตตามขั้นตอนจากหน่วยงานที่มีอำนาจของประเทศที่เกี่ยวข้องก่อนการขนส่ง ข้อมูลที่แจ้งนั้นจะต้องละเอียดเพียงพอเพื่อที่เจ้าหน้าที่ของประเทศนำเข้าและประเทศที่ส่งผ่านสามารถประเมินลักษณะและความเสี่ยงของการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายนั้นได้

ประเทศที่นำเข้าและส่งออกจะต้องตอบแก่ผู้แจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ว่ายินยอมให้มีการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายโดยมีหรือไม่มีเงื่อนไข หรือปฏิเสธคำขอนั้นหรือร้องขอข้อมูลเพิ่มเติม ประเทศที่ส่งออกไม่สามารถดำเนินส่งออกได้จนกว่าจะได้รับการยินยอมอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรและคำยืนยันการทำสัญญาระหว่างผู้ส่งออกและผู้กำจัด โดยมีการระบุถึงการจัดการของเสียอันตรายโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม

บทบัญญัติเหล่านี้ได้สร้างระบบสากลที่ช่วยให้ประเทศผู้นำเข้าได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับของเสียอันตรายที่จะถูกนำเข้า และเอื้อให้ประเทศผู้นำเข้าตัดสินใจว่าจะจัดการกับของเสียอันตรายที่นำเข้าได้อย่างมีประสิทธิภาพและโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม ระบบดังกล่าวมีความจำเป็นต่อการควบคุมเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดน และเพื่อการจัดการของเสียอันตรายที่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อมอันเป็นจุดประสงค์หลักของอนุสัญญาบาเซล อย่างไรก็ตาม ระบบโดยตัวมันเองไม่เพียงพอที่จะบรรลุเป้าประสงค์ในการจัดการของเสียอันตรายได้ เนื่องจากการจัดการของเสียอันตรายในประเทศต่างๆ นั้น จำเป็นต้องได้รับความช่วยเหลือทางเทคนิคและทางบริหาร อย่างมากเพื่อที่จะแปลงข้อมูลข่าวสารที่ได้รับไปสู่การตัดสินใจและการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของประชาชนที่มีประสิทธิภาพ (OECD, 1999)

(2) **ข้อห้ามการค้ากับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี (Party/non-Party trade ban)** อนุสัญญาบาเซลกำหนดให้ภาคีต้องไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี ยกเว้นกรณีที่มีการควบคุมดูแลอยู่แล้วในระดับทวิภาคี หรือระดับภูมิภาค ตามมาตรา 11 หรือถ้าหากมีระเบียบปฏิบัติอื่นใดก็ตามที่มีความเข้มแข็งไม่น้อยไปกว่าอนุสัญญาบาเซล ข้อยกเว้นยังครอบคลุมถึงข้อตกลงทางการค้าของเสียอันตรายที่มีอยู่ก่อนหน้าการประกาศใช้อนุสัญญาบาเซล ในทางปฏิบัติ ข้อห้ามการค้าของเสียอันตรายระหว่างประเทศภาคีและประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีนี้บังคับใช้กับประเทศที่ไม่มีข้อตกลง เกี่ยวกับการจัดการการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนใดๆ เลย

เป็นที่ชัดเจนว่า ข้อห้ามดังกล่าวจะช่วยให้บรรลุเป้าประสงค์ในการควบคุมและลดการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน ข้อจำกัดการค้ากับประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคียังเป็นไปเพื่อป้องกันไม่ให้ประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคีถูกใช้เป็นทางผ่านที่อาจก่อให้เกิดการค้านอกเขตการบังคับใช้ตามอำนาจของอนุสัญญา

(3) **ข้อห้ามการส่งออกของเสียอันตรายจากประเทศในภาคผนวก 7 ไปยังประเทศที่มีใช้ภาคผนวก 7 (Export Ban from Annex VII to non-Annex VII Countries)** ข้อห้ามนี้เป็นผลมาจากการผลักดันข้อแก้ไขหนึ่งขึ้นมา หรือที่เรียกว่า ข้อแก้ไขห้ามการส่งออก (Ban Amendment) โดยกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เพื่อป้องกันมิให้ประเทศพัฒนาแล้วใช้ช่องว่างของอนุสัญญาบาเซลที่อนุญาตให้มีการส่งออกของเสียอันตรายเพื่อหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (รีไซเคิล) ในการส่งออกของเสียอันตราย โดยอ้างว่าเพื่อนำไปรีไซเคิล แต่ในความเป็นจริง เพื่อกำจัดของเสียอันตรายนอกดินแดนของตน และยังผลให้เกิดการทิ้งของเสียอันตรายเหล่านี้โดยไม่ผิดกฎหมาย ข้อห้ามบาเซลนี้ระบุว่า ตั้งแต่เดือนมกราคม 2541 เป็นต้นไป ห้ามมิให้มีการส่งออกของเสียอันตรายจากประเทศในภาคผนวก 7 ของอนุสัญญา ได้แก่ ประเทศในกลุ่ม OECD (Organization of Economic Cooperation and Development) EC (European Commission) และลิกเตนสไตน์ ซึ่งก็คือประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลาย ไปยังประเทศที่ไม่ใช่อยู่ในภาคผนวก 7 อันได้แก่ ประเทศกำลังพัฒนา ไม่ว่าจะมียุทธประสงค์เพื่อกำจัดขั้นสุดท้าย หรือเพื่อนำกลับมาใช้ประโยชน์ใหม่ก็ตาม ในปัจจุบัน มีประเทศภาคีที่ให้สัตยาบันข้อแก้ไขนี้แล้ว 61 ประเทศ (ข้อมูลเมื่อเดือนมิถุนายน 2549, <http://www.basel.int/ratification/frsetmain.php>) ยังขาดอีกเพียง 1 ประเทศเท่านั้น ข้อแก้ไขนี้จะมีผลบังคับ ดังนั้น เป็นที่คาดหมายว่าข้อแก้ไขนี้จะมีผลบังคับในไม่ช้า

ข้อสมมติฐานในการจำแนกกลุ่มประเทศตามภาคผนวก 7 มาจากความหวาดระแวงว่า การส่งออกของเสียอันตรายซึ่งส่วนใหญ่มาจากประเทศพัฒนาแล้ว ไปยังประเทศกำลังพัฒนามักจะดำเนินการโดยมิได้คำนึงถึงผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่จะเกิดขึ้นกับประเทศที่นำเข้า ภาคผนวก 7 จึงมิได้รวมถึงประเทศกำลังพัฒนาใดๆ เลย และในปัจจุบัน ยังไม่มีกลไกสำหรับการแก้ไขข้อสมมติฐานนี้ หรือกลไกสำหรับประเทศที่ไม่ได้อยู่ในภาคผนวก 7 ที่จะโต้แย้งว่าประเทศตนไม่ใช่ประเทศกำลังพัฒนา ดังนั้น ความแตกต่างระหว่างประเทศในภาคผนวก 7 และประเทศที่อยู่นอกภาคผนวก 7 นี้มาจากการจัดกลุ่มทางภูมิศาสตร์การเมืองอย่างชัดเจน (OECD, 1999)

ข้อห้ามการค้านี้มีจุดมุ่งหมายที่จะบรรลุเป้าประสงค์ของอนุสัญญาบาเซลในการควบคุมการค้าของเสียอันตราย โดยใช้มาตรการการค้าอย่างชัดเจนแต่เป็นการเลือกปฏิบัติกับบางกลุ่มเท่านั้น หากข้อ

ห้ามการค้าที่มีผลบังคับใช้ ประเทศในภาคผนวก 7 จะไม่สามารถใช้ระเบียบการแจ้งและการรับรองการแจ้งล่วงหน้า ในการส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศนอกภาคผนวก 7 เป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่มีการกำหนดข้อห้ามในลักษณะเดียวกันนี้กับประเทศนอกภาคผนวก 7 ซึ่งมีแนวโน้มที่จะส่งออกของเสียอันตรายระหว่างกันมากขึ้น แม้ว่าจะยังอยู่ในปริมาณน้อยก็ตาม

1.2.3 ปัญหาการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล

ประเทศไทยได้ดำเนินการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับของเสียอันตราย เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาบาเซลและจัดทำแนวทางปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง⁴ อย่างไรก็ตาม ประเด็นปัญหาพื้นฐานที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล คือ การที่ประเทศไทยขาดกฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับอนุสัญญาบาเซล และการขาดคำนิยามของคำว่า “ของเสียอันตราย” ในปัจจุบัน ประเทศไทยใช้พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 เป็นกฎหมายหลักในการควบคุมการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตราย โดยอาศัยคำนิยามในมาตรา 4 ที่ว่าด้วยวัตถุอันตราย โดยถือว่า ของเสียซึ่งมีคุณสมบัติตามที่ระบุไว้ในกฎหมายฉบับนี้ถือว่าเป็นวัตถุอันตรายที่ต้องถูกควบคุมตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสภาพปัญหาของของเสียอันตรายมีความแตกต่างจากวัตถุอันตราย กล่าวคือ วัตถุอันตรายเป็นวัตถุดิบหรือของใช้ที่มีค่าหรือใช้ประโยชน์ได้ ซึ่งเป็นที่ต้องการและหาเจ้าของได้ไม่ยาก ในขณะที่ของเสียอันตรายเป็นของที่เหลือใช้แล้ว ที่ไม่มีใครต้องการ อีกทั้งจะต้องมีการบังคับให้มีการกำจัดอย่างถูก

⁴ กฎหมายภายในที่ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน

กระทรวงอุตสาหกรรม โดย กรมโรงงานอุตสาหกรรม (กรอ.)

- ประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุอันตราย พ.ศ. 2546 กำหนดรายชื่อของเสียเพื่อควบคุมการนำเข้าและส่งออก
 - ของเสียเคมีวัตถุ ตามอนุสัญญาฯ 61 รายการ
 - เครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้ว 2 รายการ
- ประกาศ กรอ. เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำของเสียเคมีวัตถุที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร 14 พ.ค. 2539
- ประกาศ กรอ. เรื่อง หลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้นำเศษตัดและของใช้ไม่ได้ ซึ่งเป็นพลาสติกเข้ามาในราชอาณาจักร 14 ธ.ค. 2539
- ประกาศ กรอ. เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร 24 ก.ย. 2546

กระทรวงพาณิชย์ โดยกรมการค้าต่างประเทศ

- ประกาศกระทรวงพาณิชย์ ว่าด้วยการนำเข้าสินค้าเข้ามาในราชอาณาจักร (ฉบับที่ 112) พ.ศ. 2539 : เศษพลาสติกเป็นสินค้าต้องขออนุญาตการนำเข้าโดยมอบให้ กรอ. อนุญาต ตามคำสั่ง พณ ที่ 108/2539
- ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องการนำยางรถใช้แล้วเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 : ยางรถใช้แล้วเป็นสินค้าต้องห้ามนำเข้า เว้นแต่นำมาใช้ส่วนตัว คนละไม่เกิน 2 เครื่อง/เป็นตัวอย่าง/ใช้วิจัย/ติดมากับรถ

กระทรวงการคลัง โดยกรมศุลกากร

- ประกาศกรมศุลกากร ที่ 14/2546 เรื่อง การนำของเสียที่อาจก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อบุคคล สัตว์ พืช ทรัพย์สิน หรือสิ่งแวดล้อมเข้ามาในประเทศไทย
- แนวทางปฏิบัติกรนำเข้าที่เป็นของเสียอันตราย และการสำรวจสินค้าวัตถุอันตรายประเภทที่ 3

สุลักษณะโดยเร็วก่อนที่จะมีการรั่วไหลแพร่กระจายออกไปสู่สิ่งแวดล้อม พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย ซึ่งควบคุมดูแลวัตถุอันตรายในฐานะที่เป็นวัตถุอันตราย จึงไม่ได้ถูกออกแบบมาเพื่อใช้ควบคุมวัสดุที่หมดสภาพกลายเป็นของเสียที่ต้องถูกควบคุมในเรื่องการเก็บ ขนส่ง และการกำจัดอย่างเข้มงวด

ส่วนพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535 มีเพียงคำนิยามคำว่า “ของเสีย” ตามมาตรา 4 แม้มาตรา 79 ได้เปิดช่องให้รัฐมนตรีออกกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรการ และวิธีการเพื่อควบคุมการเก็บ รวบรวม การขนส่งเคลื่อนย้าย การนำเข้าและส่งออก แต่กฎหมายนี้ไม่มีบทกำหนดโทษเกี่ยวกับการฝ่าฝืนมาตรา 79 นี้ ดังนั้น การออกกฎกระทรวงตามมาตรา 79 จึงคงไม่มีสภาพบังคับ (สุรวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

นอกจากนี้ ความแตกต่างระหว่างประเภทของเสียอันตรายตามการจัดพิภักดิ์รหัสศรติระบบฮาร์โมนไนซ์ (Harmonized Code) ขององค์การศุลกากรโลก (World Custom Organization, WCO) ซึ่งเป็นระบบพิภักดิ์ที่กรมศุลกากรใช้สำหรับติดตามการนำเข้าและส่งออกสินค้า กับบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายในอนุสัญญาบาเซล ทำให้การควบคุมของเสียอันตรายข้ามแดนยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากจำนวนรหัสของเสียอันตรายในระบบฮาร์โมนไนซ์ไม่มากพอกับชนิดของของเสียอันตราย และส่วนใหญ่เป็นรหัสไม่จำเพาะ

ในส่วนของบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายตามประกาศของกรมศุลกากรนั้น เป็นการอาศัยข้อมูลรายชื่อของเสียอันตรายตามประกาศกฎหมายของหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น หากของเสียอันตรายใดที่ไม่มีรายชื่อตามประกาศในกฎหมายของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ทางกรมศุลกากรก็จะไม่มีรายชื่อของเสียอันตรายชนิดนั้นในพระราชบัญญัติกรมศุลกากรด้วย จึงทำให้ไม่สามารถควบคุมสินค้าที่เล็ดลอดจากบัญชีรายชื่อของเสียอันตรายเหล่านี้ได้ (สุรวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

1.3 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าและมาตรการด้านสิ่งแวดล้อม

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อม เป็นประเด็นหนึ่งที่มักจะได้รับการหยิบยกขึ้นมาโต้เถียงกัน โดยกลุ่มที่ห่วงใยสิ่งแวดล้อมมักจะอ้างว่า การค้าเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำลายสิ่งแวดล้อม ทั้งการทำลายทรัพยากรธรรมชาติและการก่อกมลพิษทางน้ำ อากาศ และของเสียอันตรายที่เกิดจากการพัฒนาอุตสาหกรรม และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ในขณะที่กลุ่มการค้าก็กังวลว่า การออกมาตรการของประเทศต่างๆ ที่อ้างเหตุผลในการคุ้มครองและรักษาสิ่งแวดล้อม มาเป็นเครื่องมือกีดกันทางการค้า ดังนั้น ทั้งสองกลุ่มจึงจับตามองว่า แต่ละฝ่ายจะมีบทบาทในการส่งเสริมให้นโยบายการค้าและสิ่งแวดล้อมมีความสมดุล และส่งเสริมซึ่งกันและกันได้อย่างไร

1.3.1 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล

กับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)

องค์การการค้าโลก (World Trade Organization, WTO) มีพัฒนาการมาจากข้อตกลงว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า หรือแกตต์ (General Agreement on Tariff and Trade, GATT) จัดตั้งขึ้นเมื่อ

วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ปัจจุบันมีสมาชิกทั้งสิ้น 149 ประเทศ (ข้อมูล ณ เดือนธันวาคม 2548) โดยมีวัตถุประสงค์หลักในการเจรจาอุปสรรคและข้อกีดกันทางการค้า จัดทำกฎระเบียบการค้าระหว่างประเทศ เป็นเวทีในการยุติข้อพิพาททางการค้า และเป็นกลไกตรวจสอบและทบทวนนโยบายการค้าของประเทศภาคี

ความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างประเทศในระดับโลกตามหลักการของ WTO เน้นความสอดคล้องกันของแนวปฏิบัติทางการค้าในระดับสากล โดยการส่งเสริมการค้าเสรีที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการลดกฎเกณฑ์ทางการค้า เพื่อให้สินค้าที่ผลิตขึ้นไม่ว่าจากที่ใดในโลกสามารถส่งไปขายในทุกที่ได้และสามารถแข่งขันกับสินค้าจากที่ต่างๆ ได้อย่างเสรี ปราศจากการบิดเบือนแทรกแซงจากภาครัฐ

หลักการพื้นฐานเพื่อการค้าเสรีของ WTO ประกอบด้วย

- 1) หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 หลักการคือ หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Article I-Most Favored Nation Provision: MFN) ซึ่งห้ามมิให้สิทธิประโยชน์แก่ประเทศที่มีความสัมพันธ์พิเศษ และหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Article III-National Treatment Provision) อันเป็นการปฏิบัติต่อสินค้าที่เหมือนกันอย่างเท่าเทียมกันระหว่างสินค้านำเข้าจากประเทศภาคีกับสินค้าที่ผลิตขึ้นมาภายในประเทศ
- 2) หลักการห้ามใช้มาตรการการจำกัดปริมาณ (Article XI.1- Prohibition of Quantitative Restrictions Provision)
- 3) หลักความโปร่งใส (Transparency) โดยกำหนดให้ประเทศภาคีต้องเผยแพร่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการค้าของตนก่อนที่จะมีการบังคับใช้และบังคับใช้กฎหมายการค้าเหล่านั้นอย่างยุติธรรมและมีเหตุผล

ข้อตกลงจากการเจรจา WTO รอบอุรุกวัย (2530-2537) ที่มีผลต่อการกำหนดมาตรการและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดลอมหลักๆ 3 ประการ ได้แก่

- 1) บทยกเว้นทั่วไปตามมาตรา 20 (Rule of Exceptions Article XX) เป็นการใช้อนุยกัตที่กระทบต่อการค้าเสรีเพราะมีความจำเป็นต้องปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ตลอดจนการรักษาทรัพยากรธรรมชาติ แต่ต้องอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติและไม่เป็นการกีดกันอย่างเคลือบแฝง อย่างไรก็ดี เนื่องจากความคลุมเครือของคำว่า “จำเป็น” (Necessary) จึงเป็นช่องว่างให้มีการใช้มาตรการสิ่งแวดลอมเพื่อกีดกันทางการค้า ดังนั้น ในการเจรจารอบโตเกียว จึงให้มีการจัดความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าขึ้น
- 2) ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลัก คือ ประเทศภาคียินยอมให้ประเทศภาคีกำหนดมาตรการเพื่อควบคุมมาตรฐานสินค้าของตนเพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพ และความปลอดภัยของมนุษย์ สัตว์ พืช และสิ่งแวดลอมได้ มาตรการเหล่านี้ ได้แก่ มาตรฐานสินค้า (Standard Code) ข้อกำหนดปริมาณสารตกค้างของยาฆ่าแมลง (Pesticide Residue Limits) การตรวจสอบสินค้า และการติดฉลากสินค้า (Labeling) โดยบังคับใช้กับตัวผลิตภัณฑ์ (Product) เท่านั้น ไม่รวมถึงมาตรฐานด้านกระบวนการ และวิธีการผลิตสินค้า

(PPM Standards) ทั้งนี้ มาตรฐานสินค้าเพื่อสิ่งแวดล้อมดังกล่าวที่ประกาศใช้ จะต้องสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ TBT กล่าวคือ ต้องไม่เป็นในลักษณะที่เลือกปฏิบัติ ต้องไม่สร้างอุปสรรคที่ไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ และข้อบังคับทางเทคนิคและมาตรฐานต้องวางอยู่บนการพิจารณาทางวิทยาศาสตร์

- 3) ความตกลงว่าด้วยการใช้บังคับมาตรฐานสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Standards: SPS) เป็นข้อตกลงที่อนุญาตให้ประเทศภาคีมีมาตรการบังคับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคและเพื่อสร้างความมั่นใจต่อความปลอดภัยด้านอาหาร เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ที่เกิดจากการใช้สารเคมี ยาฆ่าแมลง และสารประกอบต่างๆ โดยที่มาตรการนั้นจะต้องไม่สร้างข้อจำกัดทางการค้า หรือกีดกันทางการค้าระหว่างประเทศอย่างแอบแฝง และต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคีโดยไม่มีเหตุผล นอกจากนี้ ความตกลง SPS ยังกำหนดให้สมาชิกสามารถใช้หลักป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ได้ แม้ว่าจะยังไม่สามารถหาหลักฐานทางวิทยาศาสตร์มาสนับสนุน แต่มาตรการนี้ต้องใช้ในการชั่วคราวและจะต้องมีการพิจารณาทบทวนภายในระยะเวลาที่เหมาะสม

เนื่องจากการใช้มาตรการทางการค้า อาทิ ห้ามการค้าสินค้าบางประเภท หรืออนุญาตให้ประเทศภาคีจำกัดการค้าภายใต้เงื่อนไขบางประการในความตกลงระหว่างประเทศด้านสิ่งแวดล้อม (Multilateral Environmental Agreements: MEAs) มากขึ้นเพื่อบรรลุเป้าประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของ MEAs ซึ่งอาจจะขัดแย้งกับกฎเกณฑ์ของ GATT และหากมีข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่าง GATT/WTO และ MEAs ขึ้น WTO อาจชนะ MEAs เนื่องจาก GATT เป็นองค์กรที่เข้มแข็งกว่า และมีจำนวนสมาชิกมากกว่า ซึ่งอาจจะทำให้มาตรการใน MEAs ขาดประสิทธิภาพได้ในอนาคต ที่ประชุมจึงเรียกร้องให้คณะกรรมการด้านมาตรการสิ่งแวดล้อมและการค้า (Environmental Measures and International Trade Group: EMIT) ของ GATT ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปีพ.ศ. 2514 พิจารณามาตรการด้านสิ่งแวดล้อมที่อาจส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศ และภายหลังการก่อตั้ง WTO ในปีพ.ศ. 2537 ได้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการค้าและสิ่งแวดล้อม (Committee on Trade and Environment: CTE) ขึ้นแทน EMIT เพื่อสร้างหลักประกันว่าระบบการค้าระหว่างประเทศจะให้ความสำคัญกับเรื่องสิ่งแวดล้อม และประกันว่า กฎเกณฑ์ด้านสิ่งแวดล้อมจะไม่เป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ

CTE มิได้วิเคราะห์ความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลกับหลักเกณฑ์ของ WTO เป็นการเฉพาะ หากแต่พิจารณาความสัมพันธ์โดยรวม และหยิบยกตัวอย่างมาตรการทางการค้าที่ใช้ในอนุสัญญาบางฉบับ ซึ่งรวมถึงอนุสัญญาบาเซล โดยการประชุมในช่วงแรกนั้น สมาชิก WTO ส่วนใหญ่มีความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องการค้าและสิ่งแวดล้อม ดังนี้

- 1) นโยบายการค้าระหว่างประเทศและนโยบายสิ่งแวดล้อมไม่ได้ขัดกัน แต่สนับสนุนซึ่งกันและกัน
- 2) WTO เป็นเพียงองค์การระหว่างประเทศที่จำกัดแต่เรื่องนโยบายการค้า จึงไม่มีอำนาจหน้าที่เต็มที่ในการดูแลเรื่องการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

- 3) WTO ได้เปิดช่องให้ใช้นโยบายสิ่งแวดล้อมในประเทศได้ แต่มีข้อแม้ว่า การใช้มาตรการสิ่งแวดล้อมไม่ขัดกับหลักการของ WTO เรื่องการไม่เลือกปฏิบัติ ทั้ง MFN และ National Treatment รวมถึงต้องมีข้อมูลทางวิทยาศาสตร์หรือวิชาการยืนยันการใช้มาตรการดังกล่าวด้วย
- 4) การประสานงานและความร่วมมือกันระหว่างนโยบายการค้าและสิ่งแวดล้อม รวมถึงความร่วมมือระหว่างประเทศเป็นสิ่งจำเป็นในการแก้ไขปัญหา และ
- 5) การเปิดตลาดส่งออกสำหรับสินค้าส่งออกจากประเทศกำลังพัฒนา รวมทั้งการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการให้ความช่วยเหลือด้านการเงินและด้านวิชาการ เป็นสิ่งจำเป็นในการช่วยเหลือประเทศกำลังพัฒนาในการสร้างรายได้และปัจจัยเพื่ออนุรักษ์สิ่งแวดล้อมได้

ต่อมา ในการประชุมรัฐมนตรี WTO ครั้งที่ 4 ณ กรุงโดฮา เมื่อเดือนพฤศจิกายน 2544 ที่ประชุมได้มีมติเห็นชอบปฏิญญาโดฮา (Doha Declaration) ซึ่งเป็นเอกสารที่รัฐมนตรีจากประเทศภาคี WTO ตกลงกันว่าจะมีการดำเนินการเรื่องการเจรจาเปิดเสรีการค้าต่อไปอย่างไร และในเรื่องใดบ้าง การค้าและสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องหนึ่งที่กำหนดไว้ในปฏิญญาโดฮา โดยให้เริ่มการเจรจาในสามประเด็น ได้แก่

- 1) ความสัมพันธ์ระหว่างกฎเกณฑ์ WTO กับมาตรการทางการค้าภายใต้ความตกลงสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ (MEAs)
- 2) กระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการ MEAs และคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องของ WTO และหลักเกณฑ์ในการให้สถานะผู้สังเกตการณ์แก่ MEAs
- 3) ลดเลิกมาตรการภาษีและมาตรการที่ใช้ภาษีสำหรับสินค้าและบริการด้านสิ่งแวดล้อม

ปฏิญญาโดฮานับว่าเป็นจุดเริ่มต้นที่สำคัญในการกำหนดให้ประเทศภาคีเจรจาในเรื่องการค้ากับสิ่งแวดล้อม ซึ่งปรากฏอยู่ใน paragraph 31 (i) เรื่องความสัมพันธ์ระหว่าง MEAs กับกฎระเบียบภายใต้ WTO paragraph 31 (ii) เรื่องกระบวนการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างฝ่ายเลขาธิการ MEAs และคณะกรรมการต่างๆ ของ WTO รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการเป็นผู้สังเกตการณ์ของ MEAs ใน WTO และ paragraph 31 (iii) เรื่องการลด/ยกเลิกมาตรการทางภาษีและมาตรการที่ไม่ใช่ภาษีสำหรับสินค้าและบริการด้านสิ่งแวดล้อม⁵

⁵ Paragraph 31 (i) (With a view to enhancing the mutual supportiveness of trade and environment, we agree to negotiations, without prejudging their outcome, on)

- (i) the relationship between existing WTO rules and specific trade obligations set out in multilateral environmental agreements (MEAs). The negotiations shall be limited in scope to the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question. The negotiations shall not prejudice the WTO rights of any Member that is not a party to the MEA in question;
- (ii) procedures for regular information between MEA Secretariats and the relevant WTO committees, and the criteria for the granting of observer status;
- (iii) the reduction or, as appropriate, elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services.

การหรือ Paragraph 31 (i) ของปฏิญญาโดฮา มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติตามอนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะพันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง (Specific Trade Obligation: STO) ว่ามีความสอดคล้องกับกฎระเบียบทางการค้าภายใต้ WTO อย่างไร และจะมีแนวทางแก้ไขปัญหอย่างไร ถ้ามีความขัดแย้งระหว่างความตกลงระหว่างประเทศทั้งสอง ต้นเหตุของความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าใน MEAs และกฎเกณฑ์ของ GATT มาจากลักษณะของมาตรการทางการค้าใน MEAs หลายมาตรการที่ขัดกับหลักเกณฑ์ไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) และการที่อนุญาตให้ค้าขายกับเฉพาะบางประเทศก็ขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most Favored Nation) นอกจากนี้ ยังละเมิดหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) โดยการอนุญาตให้มีการเลือกปฏิบัติระหว่างสินค้าภายในประเทศและสินค้านำเข้า (like products)

แม้ว่าจะมีความเป็นไปได้ที่จะเกิดปัญหาความขัดแย้งใน WTO อันเนื่องมาจากการบังคับใช้มาตรการทางการค้าของ MEA คณะกรรมการ CTE เห็นว่า ในความเป็นจริง อาจไม่ได้เป็นปัญหารุนแรงอย่างที่คาดการณ์ เนื่องจากมีข้อตกลงหรืออนุสัญญาระหว่างประเทศเพียง 20 ฉบับจากทั้งหมด 200 ฉบับที่มีการใช้มาตรการทางการค้า⁶ นอกจากนี้ จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีกรณีพิพาทใน WTO เกี่ยวกับการปฏิบัติทางการค้าที่บรรจุอยู่ใน MEA แต่อย่างใด ที่ประชุมของ CTE อภิปรายถึงข้อพิพาทโดยรวมที่อาจจะเกิดขึ้นกับ MEAs และนำเสนอแนวทางในการแก้ไขข้อพิพาทที่อาจจะเกิดขึ้น และหากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นจริง CTE จะใช้หลักการดังต่อไปนี้ในการแก้ไขข้อพิพาท

(http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/cte01_e.htm)

1. หลัก “lex specialis” หรือ กฎหมายเฉพาะเรื่องย่อมมีอันดับศักดิ์เหนือกว่ากฎหมายทั่วไป ในบริบทของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหลักที่ว่า เมื่อเกิดการขัดกันระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องใดเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ กับกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องทั่วไป ให้ถือตามกฎหมายเฉพาะเรื่อง CTE เห็นว่า มาตรการทางการค้าใน MEA ถือว่าเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่อง เพราะดูแลเฉพาะปัญหาสิ่งแวดล้อมในแต่ละเรื่องเท่านั้น ในขณะที่ข้อตกลงว่าด้วยการค้าเสรี น่าจะถือเป็นกฎหมายที่กว้างขวางเกี่ยวกับการค้า บทบัญญัติใน MEAs จึงอยู่เหนือกว่าบทบัญญัติของ WTO ดังนั้น มาตรการทางการค้าใน MEA จึงไม่น่าสร้างปัญหาในทางกฎหมายต่อ WTO แม้ว่ามาตรการเหล่านั้นจะไม่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO อย่างไรก็ตาม การตีความดังกล่าวไม่ได้เป็นข้อสรุปสุดท้าย และยังไม่แน่อนอยู่อีกมาก สิ่ง que CTE กังวลมากกว่า คือ การเลือกปฏิบัติทางการค้ากับสมาชิก WTO ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA นั้นๆ

- 1) กฎเกณฑ์ระงับข้อพิพาท ข้อสรุปที่ได้จากการประชุม WTO ระดับรัฐมนตรีที่ประเทศสิงคโปร์ ในปีพ.ศ. 2539 CTE ได้ประกาศว่าจะให้การสนับสนุนอย่างเต็มที่ในการแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมของ

⁶ อนุสัญญาด้านสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการกล่าวถึงใน CTE ว่ามีการจำกัดควบคุมการค้าสินค้าบางอย่างโดยตรง ได้แก่ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES), Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (Montreal Protocol), และอนุสัญญาบาเซล ส่วนอนุสัญญาที่มีผลกระทบโดยอ้อม (trade-related environmental measures) ได้แก่ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) ซึ่งมีพิธีสารที่พัฒนาเป็น Kyoto Protocol ซึ่งควบคุมการใช้น้ำมันเชื้อเพลิงอันมีผลให้ต้นทุนสินค้าแพงขึ้น อันกระทบต่อการเคลื่อนไหวทางการค้าโดยเสรีทางอ้อม

โลกแบบพหุภาคี และกระตุ้นให้ประเทศภาคี WTO หลีกเลี่ยงการใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการแก้ไขปัญหาเหล่านี้ CTE ได้ยอมรับว่า แม้ว่าข้อจำกัดทางการค้ามิใช่เครื่องมือเชิงนโยบายอย่างเดียวกับที่ MEA สามารถใช้ได้ แต่ในบางกรณี ข้อจำกัดทางการค้าก็มีบทบาทสำคัญ CTE เห็นด้วยว่า กฎเกณฑ์ของ GATT/WTO ได้เปิดโอกาสให้ MEA สามารถใช้มาตรการทางการค้าที่สอดคล้องกับกฎเกณฑ์ของ WTO เช่น การใช้มาตรา 20 ของ GATT (GATT Article XX) และไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของ WTO เพื่อรองรับมาตรการทางการค้าของ MEAs ให้มากขึ้น

- 2) ในการระงับข้อพิพาทนั้น CTE มีความเห็นว่า การปรับปรุงการประสานนโยบายภายในประเทศระหว่างผู้กำหนดนโยบายด้านการค้าและผู้กำหนดนโยบายด้านสิ่งแวดล้อม จะช่วยป้องกันข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้นระหว่างกฎเกณฑ์ของ WTO และมาตรการทางการค้าใน MEAs CTE แนะนำให้มีการพิจารณาถึงมาตรการทางการค้าที่จะใช้กับประเทศที่ไม่ได้เป็นสมาชิก หากมีการเจรจาเพื่อจัดตั้ง MEAs ในอนาคต
- 3) หากมีปัญหาความขัดแย้งระหว่าง WTO กับมาตรการทางการค้าใน MEA (โดยเฉพาะความขัดแย้งต่อประเทศภาคี WTO ที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA นั้นๆ) CTE เห็นว่า บทบัญญัติเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทของ WTO จะสามารถแก้ไขปัญหาความขัดแย้งได้ และมีความเป็นไปได้ที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อมในคณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (WTO dispute settlement panels) เพื่อพิจารณาข้อพิพาทที่อาจเกิดขึ้น

ในการเจรจาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และ MEAs ในที่ประชุมรอบโดฮา เนื่องจากที่ประชุมได้วางกรอบการเจรจาไว้แคบมาก ทำให้ผลของการเจรจาโดยรวมเป็นไปอย่างจำกัด โดยได้ข้อสรุปที่เป็นรูปธรรมเพียง สองประเด็น คือ

1) การแก้ไขความขัดแย้งจะใช้ได้เฉพาะกรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นสมาชิกของ MEA เดียวกันเท่านั้น⁷ และ

2) เมื่อที่ประชุมจำกัดเฉพาะ MEA ที่มี “พันธกรณีทางการค้าที่เจาะจง” (Specific Trade Obligation: STO) ทำให้มี MEA เพียงหกฉบับ คือ Cartagena Protocol, Convention on Persistent Organic Pollutants (POP), Convention on Prior Informed Consent (PIC), Montreal Protocol, Basel Convention, และ the Convention on the International Trade in Endangered Species (CITES) ได้รับการพิจารณาถึง ความสัมพันธ์ระหว่าง MEAs กับกฎระเบียบภายใต้ WTO ในที่ประชุม CTE วาระพิเศษ (CTE Meeting in Special Session: CTE-SS)

Gray (2006) เห็นว่า ที่ประชุมหลีกเลี่ยงที่จะตัดสินใจในประเด็นที่ยากไปกว่านั้น คือ หากประเทศภาคี WTO ที่ได้รับผลกระทบไม่ได้เป็นสมาชิกของ MEA ดังกล่าว มาตรการของ MEA จะได้รับการยอมรับหรือไม่ เช่น มาตรการห้ามการค้าของเสียอันตรายระหว่างกลุ่มประเทศ OECD กับประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก OECD ภายใต้อนุสัญญาบาเซล ในประเด็นนี้ สหภาพยุโรปต้องการให้มีการยอมรับอย่าง

⁷ อย่างไรก็ตาม การกำหนดในลักษณะนี้ อาจส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจของประเทศต่างๆ ที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิก ของ MEA ที่มีการใช้มาตรการทางการค้าเป็นเครื่องมือหนึ่งในการบรรลุเป้าประสงค์ (Gray, 2006)

เป็นทางการใน WTO ว่า มาตรการทางการค้าภายใต้ MEAs ไม่ขัดต่อกฎของ WTO⁸ อย่างไรก็ตาม สมาชิกส่วนใหญ่ยังคัดค้านในเรื่องนี้ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนาถือว่า หากมีการยอมรับอย่างเป็นทางการแล้ว อาจเป็นช่องทางให้ประเทศพัฒนาแล้วนำมาใช้เป็นข้ออ้างในการออกมาตรการด้านสิ่งแวดล้อมโดยใช้การจำกัดการค้าเสรีกับประเทศกำลังพัฒนาได้

นอกจากนี้ การตีความ STOs อย่างแคบ โดยพิจารณาเฉพาะ MEA ที่มีมาตรการบังคับเท่านั้น จะไม่สอดคล้องกับบริบทและลักษณะการตัดสินใจใน MEAs ซึ่งค่อนข้างยืดหยุ่นและให้อิสระแก่ประเทศภาคีในการตัดสินใจภายใต้ขอบเขตที่กำหนด ตัวอย่างเช่น ในอนุสัญญาบาเซล ประเทศภาคีมีทางเลือกว่าจะนำเข้าของเสียอันตรายเพื่อมากำจัดขั้นสุดท้ายอย่างมีเงื่อนไขหรือไม่มีเงื่อนไข นอกเหนือจากสิทธิที่จะปฏิเสธการนำเข้าของเสียโดยเด็ดขาด ซึ่งถ้ามองในลักษณะนี้ จะพบว่า MEAs อื่นๆ อีกหลายฉบับที่ให้อิสระแก่ประเทศภาคีในการจำกัดการนำเข้าสินค้าบางอย่างได้ แม้ว่าสหภาพยุโรปได้เสนอให้มีการตีความขอบเขตของ STOs ให้กว้างขึ้น และให้รวมถึง MEAs ที่นอกเหนือจาก MEAs หกฉบับดังกล่าว แต่ประเทศภาคีส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอนี้ (Gray, 2006)

จากการคัดค้านของสมาชิกโดยส่วนใหญ่ต่อข้อเสนอของสหภาพยุโรป ทำให้การเจรจาและการตีความทางเทคนิคเกี่ยวกับ Paragraph 31 (i) ไม่มีความคืบหน้าเท่าที่ควร ในปัจจุบัน ทิศทางการประชุมได้เปลี่ยนแปลงไปตามข้อเสนอของประเทศภาคีต่างๆ ที่พยายามจะผลักดันให้การหารือในประเด็นนี้เป็น การแลกเปลี่ยนประสบการณ์ของแต่ละประเทศ เพื่อส่งเสริมให้ปฏิบัติตาม STOs ภายใต้ MEAs มีความสอดคล้องกับกฎระเบียบของ WTO รวมถึงการแก้ไขปัญหามายาใน MEAs ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้น

มีประเทศภาคีบางประเทศให้ความเห็นว่า เนื่องจาก ในทางปฏิบัติ ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมดูเหมือนว่าจะจะเป็นไปด้วยดี อีกทั้ง จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีกรณีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าของ MEAs ใน WTO เกิดขึ้น จึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการเจรจาและตัดสินใจเกี่ยวกับประเด็นความสัมพันธ์ระหว่าง WTO และ MEAs ภายใต้ paragraph 31 (i) อย่างไรก็ตาม Gray (2006) ให้ความเห็นว่า แม้ว่าจะไม่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับมาตรการทางการค้าของ MEAs ใน WTO ที่ยื่นต่อคณะผู้พิจารณาข้อพิพาททางการค้า (WTO dispute settlement panels) แต่ไม่ได้หมายความว่า ไม่มีความขัดแย้งระหว่างมาตรการทางการค้าของ MEAs กับกฎเกณฑ์ของ WTO อยู่เลย ในความเป็นจริง มีความขัดแย้งเกิดขึ้น แต่คู่กรณีสามารถประนีประนอมกันก่อนที่จะไปถึงคณะผู้พิจารณาข้อพิพาททางการค้า ดังเช่น กรณีข้อพิพาทเรื่องปลาฉลาม (sawd fish) ระหว่างประเทศชิลีและสหภาพยุโรป ซึ่งชิลีได้ใช้บทบัญญัติเกี่ยวกับการอนุรักษ์ปลาภายใต้อนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายทางทะเล (the UN Convention on the Law of the Sea) เพื่อเป็นข้ออ้างในการห้ามนำเข้าปลาฉลามจากสหภาพยุโรป นอกจากนี้ ในการประชุมของ MEAs เองก็ได้มีการพูดถึง การใช้มาตรการทางการค้าอาจเป็นสิ่งที่ทำลายกฎเกณฑ์ของ WTO

⁸ เหตุผลเบื้องหลังของข้อเสนอนี้ คือ การยอมรับอย่างเป็นทางการใน WTO ว่ามาตรการการค้าภายใต้ MEAs ไม่ขัดต่อกฎ WTO จะทำให้สหภาพยุโรปมีความมั่นใจมากขึ้นว่าการใช้มาตรการทางการค้าภายใต้ MEAs ของตนในอนาคตจะมีการคัดค้านภายใน WTO ได้อย่างขึ้น (จิรศักดิ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา, ไม่ระบุปี, “การค้าและสิ่งแวดล้อมในกรอบ WTO” บทความในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, <http://www.dtn.moc.go.th>)

1.3.2 ความสัมพันธ์ระหว่างมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล

กับข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas/Agreements: FTAs)

เนื่องจากการเจรจาการค้าเสรีภายใต้กรอบ WTO ใช้หลักฉันทามติในการเจรจา นั่นก็คือ ประเทศภาคี ทั้ง 147 ประเทศในปัจจุบันจะต้องตกลงยินยอมพร้อมกันจึงจะมีการลดภาษีได้ซึ่งทำให้การเปิดเสรีการค้าใน WTO มีความล่าช้า และทำให้การเจรจาในรอบอุรุกวัยเกิดความชะงักงันไประยะหนึ่ง การเจรจาในรอบปัจจุบัน ที่เรียกกันว่า รอบโดฮา (รอบโดฮาว่าด้วยการพัฒนา – Doha Development Round) ซึ่งเริ่มมาตั้งแต่ปี 2544 ก็ยังไม่มีความคืบหน้ามากนัก และมีที่ท่าว่าจะประสบความล้มเหลว อันเนื่องมาจากประเทศภาคียังไม่ยอมเปลี่ยนแปลงจุดยืนในการเจรจา โดยเฉพาะประเทศพัฒนาแล้ว ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป ยังไม่ยอมลดการอุดหนุนหรือลดอัตราภาษีสินค้าเกษตรตามข้อเรียกร้องของกลุ่ม G-20⁹ ประเทศกำลังพัฒนาจึงยังคงประสบกับปัญหาอุปสรรคจากการถูกกีดกันทางการค้าจากประเทศที่พัฒนาแล้ว

บรรดาประเทศที่เป็นผู้นำในการผลักดันระบบการค้าเสรีและประเทศกำลังพัฒนาจึงได้หันไปให้ความสำคัญกับการสร้างความสัมพันธ์กับการค้าระดับภูมิภาค (Regional) อาทิ ข้อตกลงเขตการค้าเสรีของทวีปอเมริกาเหนือ (North American Free Trade Agreement, NAFTA) ประกอบด้วยสหรัฐอเมริกา แคนาดา และเม็กซิโก ซึ่งเป็นต้นแบบของการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีของสหรัฐอเมริกากับประเทศอื่นๆ และระดับทวิภาคี (Bilateral) ทั้งในกลุ่มการค้าระดับภูมิภาคที่มีอยู่เดิมและที่จัดตั้งกันขึ้นมาใหม่ ในปัจจุบัน ประเทศภาคี WTO ทุกประเทศยกเว้นมองโกเลีย เป็นสมาชิกหรือกำลังเจรจาจัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี จากการศึกษาของ WTO พบว่า ปัจจุบันมีข้อตกลงเขตการค้าเสรีมากกว่า 250 ฉบับทั่วโลก โดยข้อตกลงล่าสุด 200 ฉบับเพิ่งถูกจัดทำในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา

รัฐบาลไทยได้ให้ความสำคัญกับการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Areas/Agreements: FTAs) อย่างมาก ที่ผ่านมามีการลงนาม FTA กับประเทศต่างๆ ไปแล้ว รวมทั้งสิ้น 6 ประเทศ กับ 1 กลุ่ม ได้แก่ บารเรน จีน อินเดีย เปรู ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ และกลุ่ม BIMST-EC และกำลังอยู่ในระหว่างการเจรจาทำความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรีกับญี่ปุ่น สหรัฐอเมริกา และอยู่ระหว่างการศึกษาเพื่อเตรียมความพร้อมในการเจรจากับสมาคมการค้าเสรีแห่งยุโรป (European Trade Association, EFTA) เม็กซิโก แคนาดา เกาหลี และกลุ่มประเทศเมอร์โคซัวร์ (MERCOSUR) (กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2548, FTA Fact Book)

สำหรับเวทีการเจรจาการค้าเสรีในระดับภูมิภาคและระดับทวิภาคีนี้ การส่งเสริมการค้าเสรีกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ก็ยังคงเป็นประเด็นคู่ขนานที่อาจกลายเป็นเรื่องที่ขัดแย้งหรือส่งเสริมซึ่งกันและกันได้ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับการเตรียมการ และการจัดการให้กฎและกติกามีความรอบคอบรัดกุมมากน้อยเพียงใด ประเด็นที่เป็นข้อกังวลจากการทำข้อตกลงเขตการค้าเสรี คือ ข้อกำหนดต่างๆ ในความตกลง

⁹ กลุ่ม G20 เป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่ผลักดันการเจรจาสินค้าเกษตร เริ่มรวมตัวกันตั้งแต่ในช่วงการประชุม MC5 ที่เมืองแคนคูน นำโดยบราซิล ปัจจุบัน มีสมาชิก 21 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา โบลิเวีย บราซิล จีน ชิลี คิวบา อียิปต์ กัวเตมาลา อินเดีย อินโดนีเซีย เม็กซิโก ไนจีเรีย ปากีสถาน ปารากวัย ฟิลิปปินส์ แอฟริกาใต้ แทนซาเนีย เวเนซุเอลา อุรุกวัย ซิมบับเว และไทย (ที่มา: http://www.mfa.go.th/internet/wto/Groups_WTO.doc)

FTA อาจส่งผลต่อการจำกัดสิทธิของประเทศไทย หรือมีผลต่อการขัดขวาง หรือเป็นอุปสรรคให้กับประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่ หรือที่จะเป็นภาคีในอนาคต

แม้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้กล่าวถึง ว่า ประเทศคู่ภาคีข้อตกลง FTA ต้องยึดถือว่า ความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม (MEAs) ที่ทั้งสองประเทศเป็นภาคีอยู่ร่วมกันนั้น มีความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม และย้ำว่าการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs เป็นส่วนสำคัญต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ด้านสิ่งแวดล้อมของข้อตกลง FTA แต่ สหรัฐอเมริกากล่าวถึงเฉพาะ MEAs ที่ไทยและสหรัฐฯ เป็นภาคีร่วมกันอยู่เท่านั้น ในขณะที่ ในปัจจุบัน ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก MEAs อยู่หลายฉบับ เช่น อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ พิธีสารเกียวโต และอนุสัญญาบาเซล แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคีความตกลงเหล่านี้ ดังนั้น การปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของสหรัฐอเมริกา อาจจะทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาในอนาคตต่อการใช้สิทธิ หน้าที่ และการปฏิบัติตามพันธกรณีใน MEAs ที่ประเทศไทยเป็นภาคีอยู่แต่สหรัฐอเมริกาไม่ได้เป็นภาคี และอาจจะประสบกับถูกฟ้องร้องโดยนักลงทุนสหรัฐอเมริกาผ่านทางกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน (Investor-State Dispute Settlement) (สุธาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ, 2546)

แม้ว่าในขณะนี้ยังไม่มีข้อพิพาทระหว่างกฎกติกาของ FTA และมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซล แต่ก็มีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นใน NAFTA ที่สามารถนำมาเป็นตัวอย่างศึกษาได้ กรณีที่ว่านี้ คือ กรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers Inc. ซึ่งเป็นบริษัทที่รับกำจัดของเสียอันตรายที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ที่มลรัฐโอไฮโอ สหรัฐอเมริกา กับรัฐบาลแคนาดาที่ห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีออกนอกประเทศ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ได้ตัดสินให้รัฐบาลแคนาดาต้องชดเชยค่าเสียหาย โดยเห็นว่า ข้อห้ามการส่งออกของเสียที่มีสารพีซีบีของรัฐบาลแคนาดาขัดกับหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และหลักปฏิบัติด้วยกฎเกณฑ์ที่น้อยที่สุด (Minimum Standard of Treatment) ในบทว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11) ของ NAFTA

คณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ให้เหตุผลว่า รัฐบาลแคนาดาออกข้อห้ามขึ้นเป็นการชั่วคราวเพื่อที่จะคุ้มครองบริษัทภายในประเทศให้สามารถดำเนินกำจัดของเสียดังกล่าวแทนบริษัท S.D. Myers แต่รัฐบาลแคนาดาได้โต้แย้งว่า ข้อห้ามนี้มีขึ้นเพราะรัฐบาลไม่เชื่อว่าสหรัฐฯ จะกำจัดของเสียดังกล่าวให้เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญาบาเซล ซึ่งรัฐบาลแคนาดาเป็นภาคีอยู่ แต่สหรัฐฯ มิได้เป็นภาคี (ดูกรอบที่ 1) ต่อมา กลุ่มพันธมิตรเพื่อการค้าและสิ่งแวดล้อมแห่งประเทศแคนาดา ได้ยื่นหนังสือต่อกรมการต่างประเทศและการค้าระหว่างประเทศของแคนาดาเพื่อคัดค้านคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ และเห็นว่า คำตัดสินนี้ได้ขัดขวางการปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศของแคนาดาที่มีต่ออนุสัญญาบาเซล และบั่นทอนการบังคับใช้กฎหมายภายในเกี่ยวกับการจัดการของเสียอันตรายอีกด้วย (Sierra Club of Canada Press Release, 16 January 2001)

กรอบที่ 1 ลำดับเหตุการณ์กรณีพิพาทใน NAFTA ระหว่างบริษัท S.D. Myers ของสหรัฐอเมริกา และรัฐบาลแคนาดา

อ้างอิงคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการ

1. ในวันที่ 22 พฤศจิกายน 2541 บริษัท S.D. Myers Inc. (บริษัทแม่อยู่ที่เมือง Tallmadge มลรัฐ Ohio สหรัฐอเมริกา) ได้ยื่นหนังสือแสดงเจตจำนงที่จะเสนอข้อพิพาทต่อสำนักอนุญาโตตุลาการ ภายใต้บทบัญญัติว่าด้วยการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐและนักลงทุน ในบทที่ 11 (การลงทุน) ของ NAFTA
2. ในวันที่ 30 ตุลาคม 2541 บริษัท S.D. Myers ได้ยื่นคำฟ้องต่อคณะอนุญาโตตุลาการ โดยอ้างว่า ระเบียบการห้ามส่งออกสาร PCB ของรัฐบาลแคนาดา (ประกาศใช้เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2538 และยกเลิกเมื่อวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 2540) ละเมิดข้อกำหนดของ NAFTA ดังต่อไปนี้ 1) มาตรา 1102 ว่าด้วยเรื่อง National Treatment 2) มาตรา 1105 Minimum Standard of Treatment 3) มาตรา 1106 Performance Requirements และ 4) มาตรา 1110 Expropriation บริษัท S.D. Myers อ้างว่า การห้ามส่งออกดังกล่าวทำให้บริษัทสูญเสียโอกาสการทำธุรกิจในแคนาดา และเรียกร้องค่าเสียหาย ไม่น้อยกว่า 20 ล้านดอลลาร์สหรัฐ
3. คณะผู้พิจารณาตัดสินข้อพิพาทได้ถูกตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2542 โดยบริษัท S.D. Myers แต่งตั้ง Dr. Bryan Schwartz ซึ่งเป็นอาจารย์ทางด้านกฎหมาย มหาวิทยาลัย Manitoba เข้าร่วมพิจารณา ส่วนรัฐบาลแคนาดาได้แต่งตั้งนาย Edward Chiasson จากแวนคูเวอร์ ทั้งสองฝ่ายเห็นชอบในการแต่งตั้ง Professor Martin Hunter ชาวอังกฤษ เป็นประธานคณะอนุญาโตตุลาการ
4. รัฐบาลแคนาดาได้ส่งหนังสือแก้ต่าง (Statement of Defence) เมื่อวันที่ 18 มิถุนายน 2542 ต่อมาบริษัท S.D. Myers ได้ส่งหนังสือโต้แย้งเมื่อวันที่ 20 กรกฎาคม 2542 รัฐบาลแคนาดาได้ส่ง counter-memorial เมื่อวันที่ 5 ตุลาคม 2542 และได้มีการส่งเอกสารสรุปเพิ่มเติมเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม และส่งเอกสารก่อนการตัดสิน ในวันที่ 14 มกราคม 2543
5. ทั้งสหรัฐอเมริกาและเม็กซิโกมีตัวแทนดำเนินการตลอดช่วงกระบวนการ แม้ว่ามีเพียงเม็กซิโกเท่านั้นที่ส่งข้อมูลให้แก่อนุญาโตตุลาการ เม็กซิโกได้ตั้งคำถามเกี่ยวกับการตีความข้อบังคับของบทที่ 11 ซึ่งสอดคล้องกับเจตจำนงของแคนาดา
6. การพิจารณาข้อพิพาทเริ่มต้นที่ศาลอนุญาโตตุลาการที่โตรอนโต ตั้งแต่ 14 - 16 กุมภาพันธ์ 2543
7. คำตัดสินของอนุญาโตตุลาการได้ถูกส่งไปยังคู่กรณีเมื่อวันที่ 13 พฤศจิกายน 2543 โดยพิจารณาเห็นว่า การที่แคนาดาห้ามส่งออกของเสียที่เป็นสารพีซีบีเป็นการชั่วคราวในช่วงเดือน พฤศจิกายน 2538 และกุมภาพันธ์ 2540 ขัดต่อบทบัญญัติสองข้อในบทที่ 11 ว่าด้วยการลงทุน (Chapter 11) คำตัดสินไม่ได้กำหนดให้แคนาดาต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศ เกี่ยวกับกฎระเบียบควบคุมสารพีซีบี คำตัดสินมีผลกับระเบียบที่ออกมาชั่วคราวซึ่งไม่ได้มีผลใช้บังคับแล้ว และคำตัดสินไม่ได้บั่นทอนความสามารถของรัฐบาลแคนาดาที่จะกำกับ

ดูแลการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายอย่างปลอดภัย รวมทั้งของเสียที่เป็นสารพิษที่
 คณะอนุญาโตตุลาการยอมรับอย่างชัดแจ้งว่า สมาชิก NAFTA มีสิทธิที่จะตั้งเกณฑ์การคุ้มครอง
 สิ่งแวดล้อมในระดับสูงได้ และไม่จำเป็นต้องผ่อนผันมาตรฐานของตัวเองเพียงเพื่อที่จะ
 สนองตอบผลประโยชน์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจของรัฐอื่น

8. ในวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 2544 รัฐบาลแคนาดาได้อุทธรณ์ต่อศาลของรัฐบาลกลาง (Federal Court)
 พิจารณาระงับคำตัดสินบางส่วน of คณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้เหตุผลว่าคณะ
 อนุญาโตตุลาการใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจของตนเอง¹⁰

ที่มา: Canadian Government Press Release, 8 February 2001, "Canada Seeks
 Application to Set Aside NAFTA Tribunal Award in S.D. Myers Arbitration,"

http://www.ban.org/ban_news/canada_seeks.html

กรณีข้อพิพาทระหว่างบริษัท S.D. Myers Inc. กับรัฐบาลแคนาดา เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็น
 จุดอ่อนของบทว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (Environment Chapter) ซึ่งบรรจุอยู่ใน NAFTA ที่สามารถถูกหักล้าง
 ด้วยข้อกำหนดในบทอื่นๆ ของ NAFTA โดยเฉพาะในบทเรื่องการคุ้มครองการลงทุน (Investment
 Chapter) และทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างการลงทุนกับเรื่องสิ่งแวดล้อม เนื่องจากสหรัฐอเมริกาใช้
 ข้อตกลง NAFTA เป็นต้นแบบของการทำข้อตกลง FTA กับประเทศอื่นๆ ซึ่งรวมถึง FTA ไทย-
 สหรัฐอเมริกา บทเรียนเกี่ยวกับปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นใน NAFTA จึงอาจเกิดขึ้นได้กับประเทศไทย

1.4 วิเคราะห์ผลกระทบจากมาตรการทางการค้าของอนุสัญญาบาเซลต่อประเทศไทย

อนุสัญญาบาเซลได้ใช้มาตรการทางการค้าหลายอย่างในการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสีย
 อันตรายข้ามแดน คือ การแจ้งข้อมูล (notification) และการรับรองการแจ้งข้อมูลล่วงหน้า (prior
 informed consent) เกี่ยวกับการนำเข้าส่งออกของเสียอันตราย ข้อห้ามการค้ากับประเทศที่ไม่ได้เป็น
 ภาคี (Party/non-Party trade ban) ข้อห้ามการส่งออกของเสียอันตรายจากประเทศในภาคผนวก 7 ไป
 ยังประเทศที่ไม่ใช่ภาคผนวก 7 (Export Ban from Annex VII to non-Annex VII Countries) หรือที่
 เรียกว่า ข้อห้ามบาเซล (Basel Ban)¹¹ มาตรการทางการค้าเหล่านี้ อาจก่อให้เกิดผลกระทบทั้งในเชิง
 บวกในแง่การลดความเสี่ยงต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพจากการนำเข้าหรือลักลอบนำเข้าของเสียอันตราย
 จากต่างประเทศ แต่ข้อจำกัดทางการค้าก็อาจส่งผลกระทบต่ออุตสาหกรรมรีไซเคิลของประเทศไทย

¹⁰ เช่นเดียวกับที่เม็กซิโกกำลังต่อสู้กับคำตัดสินของคณะอนุญาโตตุลาการของ NAFTA ที่ให้รัฐบาลเม็กซิโกต้องจ่ายเงินชดเชย
 เป็นจำนวน 17 ล้านดอลลาร์ แก่บริษัทรับกำจัดของเสียอันตรายของสหรัฐอเมริกา ที่ชื่อ Metalclad ภายหลังจากที่รัฐบาลได้
 ยอมต่อแรงกดดันของท้องถิ่นและได้รับการก่อสร้างโรงงานของบริษัท

¹¹ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาบาเซลได้เครื่องมืออื่นๆ ด้วย เช่น ความช่วยเหลือทางวิชาการ และการเสริมสร้างขีดความสามารถ
 เพื่อให้ประเทศภาคีสามารถจัดการของเสียอันตรายภายในประเทศของตนอย่างมีประสิทธิภาพและไม่ให้เกิดผลกระทบต่อสุขภาพ
 ออานามัยและสิ่งแวดล้อม

1.4.1 ผลกระทบในทางบวก

ผลกระทบในทางบวกของอนุสัญญาบาเซล คือ ช่วยให้เกิดการพัฒนาการจัดการของเสียอันตรายของประเทศภาคีให้อยู่ในระดับสากล ความคุ้มครองการค้าขายของเสียอันตรายให้เป็นระบบมากขึ้น และช่วยลดความเสี่ยงต่อสุขภาพอนามัยและสิ่งแวดล้อมจากของเสียอันตราย ซึ่งเท่ากับช่วยลดภาระต้นทุนแฝง (external cost) ทางสังคมในประเทศภาคี

1) ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน

อนุสัญญาบาเซลช่วยสร้างบรรทัดฐานของแนวปฏิบัติสากลในเรื่องการขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน โดยทำให้การเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายที่ไม่เป็นไปตามข้อกำหนดของอนุสัญญา เป็นเรื่องที่ผิดกฎหมาย อีกทั้ง ประเทศภาคีต้องมีการกำหนดมาตรการและระเบียบปฏิบัติที่เข้มงวดในการควบคุมการส่งออก การนำเข้า นำผ่าน รวมทั้งการจัดหาอุปกรณ์ สถานที่ กำจัดกากของเสียอันตรายภายในประเทศ

การปฏิบัติตามข้อกำหนดของอนุสัญญาจะทำให้ทราบล่วงหน้าหากมีการนำเข้า นำผ่าน และส่งออกของเสีย ซึ่งสามารถพิจารณาเตรียมการ และเฝ้าระวังให้เกิดความปลอดภัยต่อชีวิตและทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยได้มากกว่าการไม่ได้เป็นภาคี ซึ่งจะไม่ทราบการเคลื่อนไหว โดยเฉพาะกรณีที่ถูกนำผ่าน

อนุสัญญาบาเซลเปิดโอกาสให้ประเทศภาคีกำหนดในกฎหมายถึงประเภทของเสียที่จะห้ามนำเข้าประเทศหรือมีการควบคุมการนำเข้า ที่นอกเหนือจากที่ระบุไว้ในอนุสัญญาได้ โดยประเทศอื่นต้องเคารพกับข้อกำหนดนี้ ประเทศไทยได้ใช้สิทธินี้ในการกำหนดให้ยางรถยนต์ใช้แล้วเป็นของเสียอันตรายที่ห้ามนำเข้าประเทศ¹² โดยเห็นว่า แม้โดยตัวของมันเอง อาจไม่ก่อให้เกิดผลกระทบที่ร้ายแรง แต่หากมีการกำจัดหรือทำลายอย่างไม่ถูกต้อง ก็จะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพอนามัยของประชาชน

ในทางกลับกัน ผู้ประกอบการไทยก็ต้องมีจิตสำนึกและความรับผิดชอบ ไม่ลักลอบส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศอื่น โดยเฉพาะประเทศที่ยังไม่มีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังเช่นกรณีเจ้าหน้าที่ด่านสิ่งแวดล้อมของฮ่องกงได้ตรวจยึดซากจอกคอมพิวเตอร์ได้ 1,000 ยูนิท ระหว่างการส่งออกจากไทยมายังฮ่องกงเมื่อเดือนเมษายน ปี 2547 และยังมีการส่งแผงวงจรไปยังจีนเพื่อสกัดเอาองค์ประกอบมีค่า โดยก่อนส่งจะบดเป็นชิ้นเล็กๆ จนไม่เหลือเค้าเดิม (กรมควบคุมมลพิษและองค์การส่งเสริมการค้าต่างประเทศของญี่ปุ่น (JETRO), 2547)¹³

¹² กระทรวงพาณิชย์ได้ออกประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง การนำยางรถใช้แล้วเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 อันเป็นรายการของเสียที่ห้ามการนำเข้ามาในประเทศไทย ยกเว้นกรณีที่น่าเข้ามาเพื่อการศึกษาวิจัย หรือเพื่อเป็นตัวอย่าง หรือพาหนะนำติดมาเพื่อใช้กับยานพาหนะนั้นๆ ในปริมาณเท่าที่จำเป็น และกรณีที่น่าเข้ามาเพื่อการแข่งขันรถ หรือการท่องเที่ยว (http://www.pcd.go.th/info_serv/haz_BaselList.htm)

¹³ ประเทศจีนได้บังคับใช้กฎหมายภายในเพื่อควบคุมการนำเข้าผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วบางประเภท ได้แก่ หลอดภาพ (Cathode ray tubes) เครื่องถ่ายภาพเอกซเรย์ โทรทัศน์ และคอมพิวเตอร์ มาตั้งแต่ปี 2543 ซึ่งประกาศใน SEPA Document No. 19/2000 of January 24, 2000 ชื่อว่า "Notification on Import of the Seventh Category of Wastes" ต่อมา ใน

นอกจากนี้ ผู้สนับสนุนข้อแก้ไขบาเซล (Ban Amendment) คาดการณ์ว่า หากประเทศพัฒนาแล้ว (ประเทศในกลุ่ม OECD) ไม่สามารถส่งของเสียอันตรายมากำจัดในประเทศกำลังพัฒนา ประเทศพัฒนาแล้วก็จะหันกลับมาพึ่งตนเองในการจัดการของเสียอันตราย และคิดหาวิธีที่จะลดปริมาณของเสียอันตรายของตนเอง ซึ่งจะช่วยเพิ่มการใช้และพัฒนาเทคโนโลยีการผลิตที่สะอาดมากขึ้น ถ้าหากเป็นเช่นนั้น ก็จะช่วยลดการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนไปโดยปริยาย

2) ป้องกันการขนส่งของเสียอันตรายที่ผิดกฎหมาย

อนุสัญญากำหนดให้เป็นการขนส่งที่ผิดกฎหมายซึ่งถือเป็นอาชญากรรม เป็นที่คาดหวังว่า มาตรการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน จะช่วยป้องกันปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายมาถึงในประเทศไทยจากประเทศภาคี เนื่องจากอนุสัญญานี้ กำหนดมาตรการบังคับให้ประเทศภาคีผู้ส่งออกรับผิดชอบในการนำกลับภายใน 30 วัน และชดเชย ค่าเสียหายที่เกิดขึ้น อีกทั้งไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่มีได้เป็นภาคี ยกเว้นจะทำความตกลงทวิภาคี พหุภาคีหรือระดับภูมิภาค

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากอนุสัญญาบาเซลเป็นอนุสัญญาที่เกิดขึ้นจากการประนีประนอมความคิดของสองกลุ่ม คือ กลุ่มประเทศที่ต้องการห้ามนำเข้าของเสียอันตราย ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา และกลุ่มประเทศที่ต้องการส่งของเสียอันตรายไปกำจัดบนพื้นฐานของความคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ ข้อกำหนดในอนุสัญญาบาเซลจึงเป็นพันธกรณีที่อ่อนและยากที่จะบังคับใช้ได้อย่างจริงจัง¹⁴ ในทางปฏิบัติ การควบคุมของเสียอันตรายแต่ไม่ห้ามนำเข้า-ส่งออกโดยสิ้นเชิง มีจุดอ่อนอยู่ตรงที่ไม่มีใครสามารถยืนยันได้ว่า การอนุญาตให้ขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนเป็นไปตามหลักการและวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาอย่างแท้จริง

แม้ว่าจะมีการบังคับใช้อนุสัญญาบาเซลมาตั้งแต่ปี 2535 แต่การลักลอบทิ้งของเสียอันตรายยังคงปรากฏอยู่เสมอๆ และมักเกิดกับประเทศที่ระบบการควบคุมการนำเข้าสินค้าอันตรายไม่เข้มงวด ไม่สามารถตรวจตราบังคับใช้กฎหมายห้ามนำเข้าได้อย่างทั่วถึง เช่น ในประเทศแถบยุโรปตะวันออก ได้แก่ โปแลนด์ ฮังการี โรมาเนีย อัลบาเนีย รัสเซีย ยูเครน รัฐในทะเลบอลติก และหลายประเทศในเอเชีย

ปี 2545 รัฐบาลจีนได้ขยายประเภทของเสีย โดยรวม แผงวงจรพิมพ์ คีย์บอร์ดและเมาส์ ปริ้นเตอร์ เครื่องโทรสาร ฯลฯ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้จาก <http://www.ban.org/Library/chinese.gif>

¹⁴ เช่น Article 4(2) (e) และ (g) ระบุให้มาตรการที่เหมาะสมที่จะไม่อนุญาตให้มีการส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตราย เมื่อไม่มั่นใจว่าจะมีการจัดการกับของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะในประเทศเป้าหมาย นอกจากนี้ Article 4 (9) กำหนดข้อบังคับทั่วไปไว้ว่า ให้มาตรการที่เหมาะสมที่จะรับประกันว่าจะอนุญาตให้ขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนได้ เฉพาะเมื่อ

- (a) ประเทศผู้ส่งออกไม่สามารถจัดการของเสียอันตรายนั้นอย่างถูกสุขลักษณะและคุ้มค่าทางเศรษฐกิจ (environmentally sound and efficient manner) หรือ
- (b) ของเสียอันตรายนั้นเป็นสิ่งที่ต้องการของประเทศนำเข้าเพื่อเอาไปเป็นวัตถุดิบสำหรับการนำของกลับมาใช้ใหม่ (recycle) หรือไปผ่านกระบวนการเปลี่ยนสภาพขยะเพื่อนำไปใช้อีก (recovery) หรือ
- (c) มีการตกลงกันโดยเฉพาะระหว่างคู่กรณี ตราบเท่าที่ไม่ขัดกับวัตถุประสงค์ของอนุสัญญา

โดยเฉพาะจีน¹⁵ อินเดีย มาเลเซียและฟิลิปปินส์ การส่งออกของเสียอันตรายในหลายกรณีอาศัยช่องว่างของอนุสัญญาที่อนุญาตให้มีการส่งออกของเสียอันตรายเพื่อหมุนเวียนกลับมาใช้ใหม่ (รีไซเคิล) ในการส่งออกของเสียอันตราย โดยอ้างว่าเพื่อนำไปรีไซเคิล แต่ในความเป็นจริง เพื่อกำจัดของเสียอันตรายนอกดินแดนของตน และยังผลให้เกิดการทิ้งของเสียอันตรายเหล่านี้อย่างไม่ผิดกฎหมาย

ประเทศไทยประสบปัญหาการลักลอบนำของเสียอันตรายจากต่างประเทศเข้ามาทั้งในประเทศเช่นกัน โดยปัญหาได้ถูกเปิดเผยต่อสาธารณชนเป็นครั้งแรก เมื่อเกิดเหตุการณ์การระเบิดของสารเคมีในคลังเก็บสินค้าที่ทำเรือคลองเตยเมื่อวันที่ 2 มีนาคม 2534 ก่อให้เกิดผู้เสียชีวิตและบาดเจ็บจำนวนมาก ซึ่งพบว่าสินค้าประเภทวัตถุอันตรายบางส่วนมีการขนย้ายเข้ามาเก็บไว้ที่ท่าเรือ โดยไม่ได้ผ่านการตรวจสอบที่ไปที่มาอย่างชัดเจน ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าอาจมีการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายจากต่างประเทศมาเก็บไว้ที่ท่าเรือคลองเตย

ปัญหาเรื่องการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายในประเทศไทยปะทุขึ้นอีกในปี 2546 เมื่อเจ้าหน้าที่กรมศุลกากรตรวจพบยางรถยนต์ เครื่องยนต์ แบตเตอรี่เก่าและถุงมือยางใช้แล้วจากสหราชอาณาจักรรวม 5 ตู้คอนเทนเนอร์ นำหนักประมาณ 23 ตันมาทิ้งที่ท่าเรือ จ. สมุทรปราการ ก่อให้เกิดการตื่นตัวของภาครัฐและได้มีการตรวจสอบสินค้าตกค้างที่ทำเรือต่างๆ ในช่วงเวลาเดียวกัน กรมควบคุมมลพิษยังตรวจสอบพบอีกว่า มีตู้คอนเทนเนอร์ที่รับสินค้าที่คาดการณ์ว่าเป็นของเสียอันตรายอีก 200 ตู้ที่บริเวณโกดังที่ 10 ท่าเรือคลองเตย ซึ่งยังไม่สามารถเปิดออกดูได้ เนื่องจากติดระเบียบการทำเรือแห่งประเทศไทยที่ระบุว่า จะเปิดตู้ที่ไม่มีใครมารับและแสดงตัวเป็นเจ้าของได้ก็ต่อเมื่อครบกำหนดเวลา 75 วันนับแต่วันที่สินค้าอยู่ในท่าเรือ¹⁶ (มติชน, 12 กุมภาพันธ์ 2546) จากข้อมูลของกรมศุลกากร ระบุว่า ตลอดปี 2546 พบว่ามีบริษัทต่างชาติลักลอบนำของเสียอันตรายมาทิ้งในประเทศไทยถึง 15 ครั้ง (แนวหน้า , 29 พฤษภาคม 2548) ซึ่งรวมถึงซากจอกคอมพิวเตอร์และขยะอิเล็กทรอนิกส์ Used pinball game board จากญี่ปุ่น และขยะพลาสติกจากเนเธอร์แลนด์ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังมีเรือต่างชาติบรรทุกน้ำมันหล่อลื่นใช้แล้วกว่า 7 แสนตัน มาทิ้งที่ท่าเรือแหลมฉบัง จ.ชลบุรี

การนำเข้าของเสียอันตรายจากต่างประเทศโดยส่วนใหญ่เข้ามาในรูปของสินค้ามือสองหรือสินค้าใช้แล้ว ส่วนใหญ่พบว่าเป็นการนำเข้าของเสียอันตรายเข้ามาโดยบริษัทที่ไม่มีตัวตน ไม่สามารถตรวจสอบได้ว่า ตั้งอยู่ที่ไหนผู้ประกอบการเหล่านี้จะขายตัวอย่างไร්රองรอยมือของเสียอันตรายเดินทางถึงประเทศไทยและได้รับคำตอบแทนไปแล้วภาระหนักจึงตกอยู่กับรัฐบาลไทยในการกำจัดของเสียอันตรายเหล่านี้

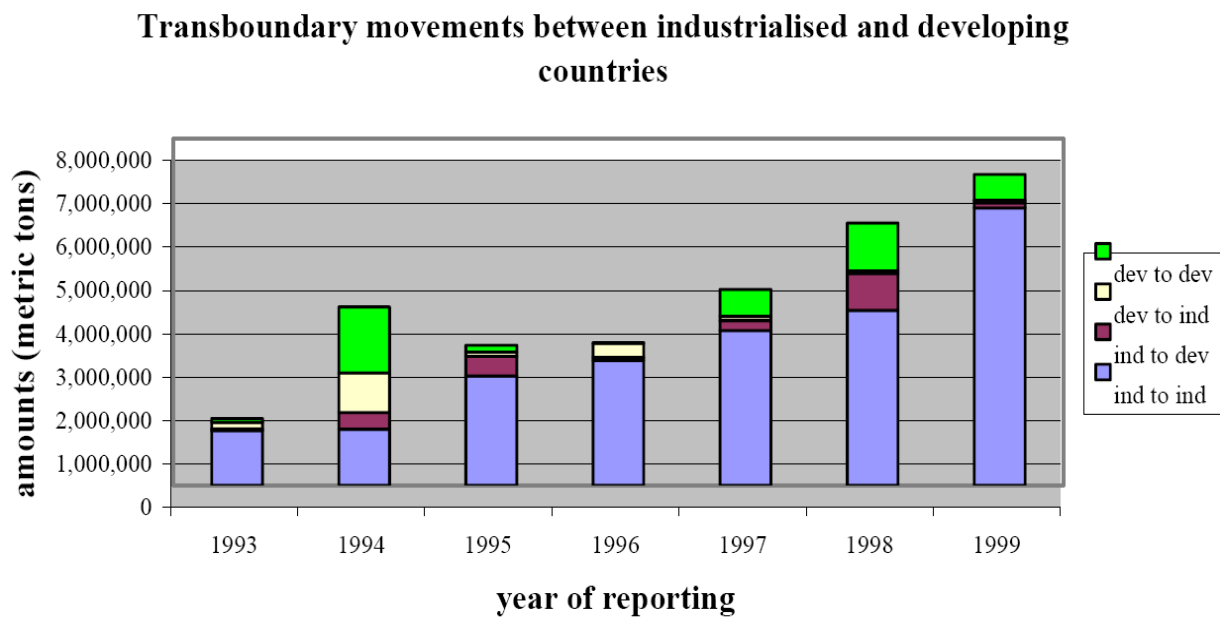
แม้ว่าข้อห้ามบาเซล จะช่วยอุดช่องว่างของอนุสัญญาบาเซลที่อนุญาตให้มีการนำเข้าของเสียอันตรายเพื่อการนำกลับมาใช้ใหม่ (recycle) อีกทั้งจะเพิ่มความเข้มงวดของกฎหมายและทำให้การควบคุมตรวจสอบมิให้มีการลักลอบส่งออกจากกลุ่มประเทศ OECD เป็นไปได้ง่ายขึ้น แต่จุดอ่อนของข้อ

¹⁵ กรีนพีซจีนร่วมกับกลุ่ม The Basel Action Network (BAN) ได้เป็นหัวหอกสำคัญในการเปิดโปงเรื่องราวของสภาพการทำงานในโรงงานรีไซเคิลในเมือง Guiyu และ Taizhou ในประเทศจีน แม้ว่าจีนได้ให้สัตยาบันข้อห้ามบาเซลและมีข้อห้ามของรัฐบาลเองในการนำเข้าขยะอันตรายแล้ว แต่ขยะอิเล็กทรอนิกส์ประมาณร้อยละ 20-24 จากสหรัฐ ญี่ปุ่น เกาหลี ก็ยังคงถูกส่งไปยังท่าเรือของจีนอยู่เรื่อยมา (Basel Action Network and Silicon Valley Toxics Coalition, 2002)

¹⁶ อย่างไรก็ดี ในปัจจุบัน กรมศุลกากรได้แก้ไขระเบียบเรื่องการเปิดตู้สินค้าต้องสงสัย จากเดิม 75 วันนับแต่เรือเทียบท่า ให้ลดเหลือ 30 วัน ถ้าเจ้าของยังไม่มารับสินค้าให้เปิดตู้ตรวจได้ (ข้อมูลจากเจ้าหน้าที่กรมศุลกากร, 3 สิงหาคม 2549)

ห้ามบาเซลนี้ คือ ไม่มีการกำหนดข้อห้ามในลักษณะเดียวกันนี้กับประเทศนอกภาคผนวก 7 นั่นคือ ประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย แม้ปริมาณการส่งออกนำเข้ายังมีปริมาณน้อยเมื่อเทียบกับปริมาณนำเข้าระหว่างประเทศภาคี OECD (หรือประเทศอุตสาหกรรม) ด้วยกันเอง แต่ก็มีแนวโน้มที่จะส่งออกของเสียอันตรายระหว่างกันมากขึ้น (ดูแผนภูมิที่ 1)

แผนภูมิที่ 1 ปริมาณการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนระหว่างประเทศอุตสาหกรรม (OECD) และประเทศกำลังพัฒนา (non-OECD)



Hazardous Wastes and Other Wastes. Basel Convention series/SBC No. 02/14, p. 25

นอกจากนี้ ยังพบว่าการลักลอบนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศกำลังพัฒนาไปยังประเทศกำลังพัฒนาด้วยกันเองอีกด้วย ดังเช่น กรณีบริษัทในไต้หวันลักลอบส่งออกของเสียอันตรายจากภาคอุตสาหกรรมอย่างต่อเนื่องในช่วง ปี 2546-2547 ซึ่งคิดรวมแล้วเป็นจำนวนกว่า 30,000 ตัน¹⁷ และในเดือนมิถุนายน ที่ผ่านมา (พ.ศ. 2549) เจ้าหน้าที่กรมศุลกากรของฟิลิปปินส์ได้ตรวจพบเศษเหล็กและทองแดงที่ปนเปื้อนผงดำซึ่งเป็นตะกอนจากโรงงานไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ จำนวน 284 ตันบรรจุในตู้คอนเทนเนอร์ 13 ตู้ ที่ท่าเรือมะนิลา ซึ่งนำเข้ามาจากประเทศจีน¹⁸ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาบาเซลได้พยายามแก้ไขปัญหการลักลอบเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน โดยได้จัดทำแนวทางพื้นฐานเพื่อการสำรวจ การป้องกัน และการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย

¹⁷ "12,000 tonnes of toxic waste enter M'sia with fake import licence", AFP, 8 June 2004

"Malaysia finds more Taiwanese toxic waste", Borneo Bulletin, 17 June 2004 (Kuala Lumpur - AFP)

¹⁸ Manila Standard Today, 7 June 2006 , http://www.ban.org/ban_news/2006/060607_importing_waste.html

(Guidance Elements for Detection, Prevention and Control of Illegal Traffic in Hazardous Wastes) ซึ่งได้รับการอนุมัติในที่ประชุมภาคีอนุสัญญาครั้งที่ 6 ในปี 2545 เพื่อให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและการจัดการกับการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมายสามารถนำเอกสารนี้ไปใช้ได้จริง จึงได้มีการจัดทำคู่มือฝึกอบรม ที่ชื่อ “คู่มือฝึกอบรมเพื่อการบังคับใช้กฎหมายที่อนุวัติตามอนุสัญญาบาเซล: แนวทางเพื่อการสำรวจ สืบสวน และการดำเนินคดีการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายและของเสียอื่นข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย” (Training Manual for the Enforcement of Laws Implementing the Basel Convention: Guidance for Safe and Effective Detection, Investigation and Prosecution of Illegal Traffic in Hazardous and Other Wastes) ไว้เป็นภาคผนวกหนึ่งในคู่มือดังกล่าว และได้รับการพิจารณาในที่ประชุมภาคีอนุสัญญาครั้งที่ 7 ในปี 2547 (Secretariat of Basel Convention, 2005)

นอกจากนี้ ปฏิญญาบาเซลว่าด้วยการจัดการของเสียอันตรายโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Basel Declaration on Environmentally Sound Management) ได้บรรจุประเด็นการป้องกันและการตรวจสอบการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย เป็นเป้าหมายหลักอันหนึ่งของอนุสัญญาบาเซลในระยะ 10 ปีนับจากนี้ (นับตั้งแต่เริ่มปฏิญญาในปี 2545) โดยได้กำหนดกิจกรรมเพื่อบรรลุเป้าหมายนี้ ดังต่อไปนี้

- 1) ประสานความร่วมมือกับองค์การตำรวจระหว่าง (International Criminal Police Organization) และองค์การศุลกากรโลก (World Customs Organization) อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะในการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ศุลกากรและเจ้าหน้าที่ที่บังคับใช้กฎหมายเพื่อที่จะสามารถบ่งชี้ ตรวจสอบ และป้องกันการขนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย
- 2) ใช้ระเบียบวิธีที่จะจัดการกับกรณีที่มีการกล่าวหาว่าเป็นการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย และช่วยเหลือประเทศภาคีในการป้องกัน การบ่งชี้ การตรวจสอบและการแก้ไขปัญหาการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย
- 3) เสริมสร้างความเข้มแข็งทางสถาบันให้กับศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในภูมิภาคต่างๆ เพื่อให้ประเทศภาคีสามารถป้องกันและตรวจสอบการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย ได้

ในภูมิภาคเอเชีย ได้มีความพยายามพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศและเสริมสร้างขีดความสามารถของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในการติดตามตรวจสอบและควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดน อาทิ ศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศจีนจัดการประชุมเชิงปฏิบัติการเกี่ยวกับโครงการนำร่องเพื่อการติดตามตรวจสอบและควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนในภูมิภาคเอเชีย (Workshop on the Pilot Project for the Monitoring and Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes in the Asian Region) เมื่อปี 2545 ศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศอินโดนีเซียร่วมกับเลขาธิการอนุสัญญาบาเซลจัดประชุมเชิงปฏิบัติการระดับภูมิภาคเพื่อการปฏิบัติตามและการติดตามการอนุวัติตามอนุสัญญาบาเซลและข้อแก้ไขอนุสัญญา เมื่อปี 2547

นอกจากนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นได้เป็นผู้นำในการจัดตั้งเครือข่ายเอเชียเพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย (Asian Network for Prevention of Illegal Transboundary Movement of Wastes)¹⁹ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อพัฒนาระบบการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างประเทศภาคีในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ เพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย ที่ผ่านมามีการจัดประชุมเชิงปฏิบัติการ สองครั้ง ในปี 2547 และ 2548 และมีการจัดทำเว็บไซต์ของเครือข่ายเอเชีย (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/index.html) เพื่อแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารที่เป็นประโยชน์ต่อเครือข่าย ทั้งนี้ กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้เข้าร่วมในเครือข่ายนี้ในนามประเทศไทยอีกด้วย

ในส่วนของประเทศไทย กรมควบคุมมลพิษร่วมกับกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้นำความรู้ที่ได้จากการประชุมระหว่างประเทศและการประชุมเชิงปฏิบัติการในภูมิภาค มาพัฒนาเป็นหลักสูตรอบรมการตรวจสอบและการป้องกันการลักลอบขนย้ายของเสียอันตราย และจัดฝึกอบรมให้กับเจ้าหน้าที่กรมศุลกากร เจ้าหน้าที่การทำเรือ สมาคมตัวแทนขนส่งเดินเรือ (shipping) ท่าเรือเอกชน โดยได้จัดทำตั้งแต่ปี 2547 และจะจัดเป็นประจำทุกปี เพื่อเสริมสร้างขีดความสามารถและสร้างความตระหนักในเรื่องการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมายและการปฏิบัติตามอนุสัญญาบาเซล²⁰ นอกจากนี้ กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมได้จัดตั้งเครือข่ายภายในประเทศเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในการควบคุมการลักลอบนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วเข้ามาในประเทศไทย (Department of Industrial Works and Pollution Control Department, 2005)

1.4.2 ผลกระทบในทางลบ

มาตรการทางการค้าต่าง ๆ ที่อนุสัญญาบาเซลใช้ควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามแดนนั้นอาจจะส่งผลกระทบในทางลบต่อภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมของไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง อุตสาหกรรมการกำจัดและการนำกลับไปใช้ใหม่ (รีไซเคิล) ของเสียอันตราย ทั้งนี้ ขนาดความรุนแรงของผลกระทบนั้นขึ้นอยู่กับปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียข้ามแดนของประเทศ หากปริมาณการส่งออกและนำเข้าของเสียอันตรายมาก ก็จะได้รับผลกระทบจากข้อจำกัดและข้อห้ามภายใต้อนุสัญญาบาเซลมาก

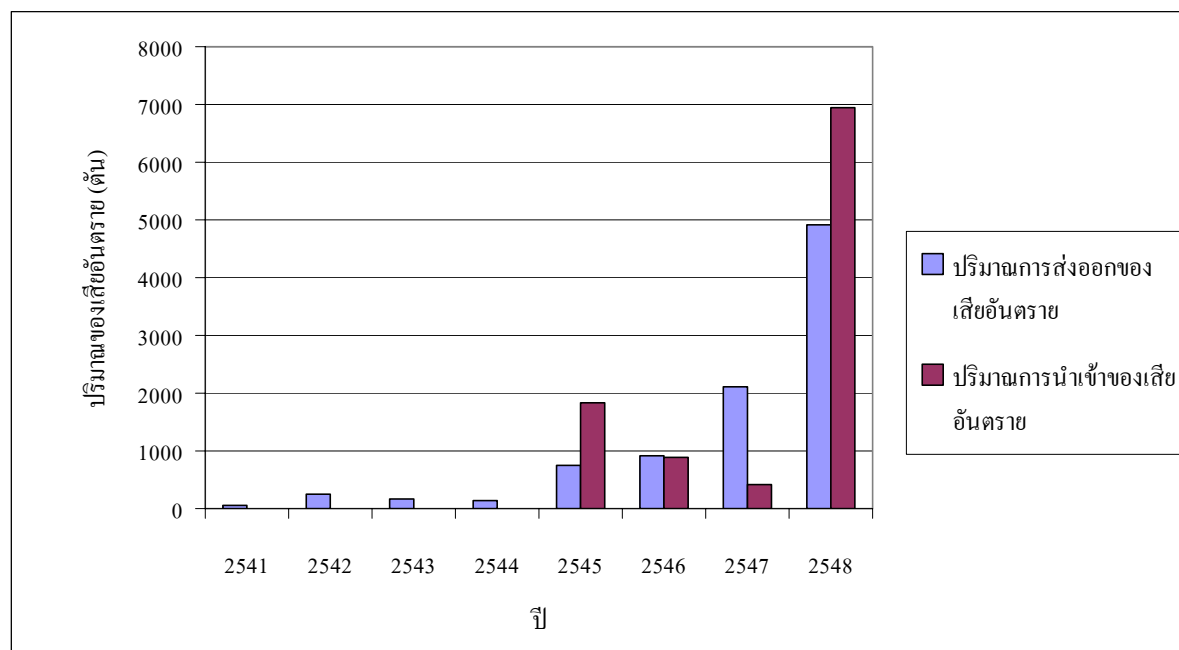
เมื่อดูสถิติปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายภายใต้อนุสัญญาบาเซล ตั้งแต่ปี 2541-2548 (แผนภูมิที่ 2) พบว่า ในช่วงปี 2541-2544 ประเทศไทยไม่ได้มีการนำเข้าของเสียอันตรายภายใต้อนุสัญญาบาเซล แต่มีการส่งออกอยู่บ้างเล็กน้อย (ไม่ถึง 300 ตัน) เป็นที่น่าสังเกตว่า ปริมาณการนำเข้า-ส่งออกของเสียอันตรายมีแนวโน้มสูงขึ้นตั้งแต่ปี 2545 ซึ่งเป็นช่วงเดียวกับที่กรมโรงงานอุตสาหกรรมมีนโยบายเปิดเสรีการให้บริการกำจัดกากอุตสาหกรรมซึ่งส่งผลให้มีโรงงานกำจัดและนำกลับมาใช้ใหม่ (รี

¹⁹ รัฐบาลญี่ปุ่นได้เสนอโครงการจัดตั้งเครือข่ายดังกล่าวในที่ประชุมคณะทำงานเมื่อปี 2546 (the Open-ended Working Group of the Basel Convention, 28 April - 2 May 2003) ที่กรุงเจนีวา และได้รับการตอบรับจากประเทศภาคี (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/index.html)

²⁰ สัมภาษณ์ผู้อำนวยการส่วนกากของเสียอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, 21 กุมภาพันธ์ 2549

ไซเคิล) เพิ่มมากขึ้น²¹ นอกจากนี้ ปริมาณการส่งออกที่เพิ่มขึ้นบางส่วนมาจากการที่โรงงานที่ได้สิทธิยกเว้นภาษีนำเข้าวัตถุดิบเลือกที่จะส่งออกเศษเหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต (scrap) แทนการขายให้กับบริษัทรีไซเคิลในประเทศ เนื่องจากบริษัทผู้ผลิตจะไม่มีภาระภาษีนำเข้าหากส่งออกประเทศ

แผนภูมิที่ 2 ปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายในประเทศไทย



ที่มา: ข้อมูลจากกรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรม

หากดูเฉพาะปริมาณของเสียอันตรายที่นำเข้าและส่งออกเมื่อเทียบกับปริมาณของเสียอันตรายทั้งหมดที่เกิดขึ้นภายในประเทศ ปริมาณการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายยังอยู่ในระดับต่ำ เช่น ในปี 2547 ประเทศไทยได้ส่งออกของเสียอันตรายประมาณ 2,100 ตันและนำเข้ามายังประเทศ 420 ตัน ในขณะที่ปริมาณของเสียอันตรายทั้งหมดในประเทศในปี 2547 มีปริมาณ 1.8 ล้านตัน โดยเป็นของเสียอันตรายจากอุตสาหกรรม 1.4 ล้านตัน และของเสียอันตรายจากชุมชน 0.4 ล้านตัน (กรมควบคุมมลพิษ, 2548) ดังนั้น มาตรการทางการค้าของอนุสัญญาบาเซลที่ใช้ในปัจจุบัน²² คงจะไม่ส่งผลกระทบทางเศรษฐกิจต่ออุตสาหกรรมไทยมากนัก

ประเด็นที่ยังเป็นที่ถกเถียงในเวทีระหว่างประเทศ คือ ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นหากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลใช้บังคับ ซึ่งจะทำให้ประเทศอุตสาหกรรมหรือประเทศพัฒนาแล้ว

²¹ กฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2544) ตามความในพระราชบัญญัติโรงงานพ.ศ. 2535 อนุญาตให้มีโรงงานเพิ่มขึ้นอีก 2 ประเภท คือ โรงงานคัดแยกหรือฝังกลบสิ่งปฏิกูลหรือวัสดุที่ไม่ใช้แล้ว (โรงงานลำดับที่ 105) และโรงงานที่นำผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมที่ไม่ใช้แล้วหรือของเสียจากโรงงานมาผลิตเป็นวัตถุดิบหรือผลิตภัณฑ์ใหม่โดยผ่านกรรมวิธีการผลิตทางอุตสาหกรรม (โรงงานลำดับที่ 106) (http://www.diw.go.th/diw_web/html/versionthai/laws/notific_of_min7.asp) จากข้อมูลที่ได้รับจากกรมโรงงานอุตสาหกรรม ในปี 2548 มีโรงงานคัดแยกหรือฝังกลบ จำนวน 433 โรง และโรงงานรีไซเคิล จำนวน 232 โรง

²² เช่น ความล่าช้าและความยุ่งยากที่จะต้องผ่านขั้นตอนการรับรองการแจ้งล่วงหน้า (Prior informed consent) การไม่สามารถส่งออกหรือนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี หรือการไม่สามารถส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศภาคีที่ได้กฎหมายภายในประเทศห้ามการนำเข้า

ทั้งหลาย ได้แก่ ประเทศกลุ่ม OECD EC และลิกเตนสไตน์(ประเทศในภาคผนวก 7 ของอนุสัญญา) ไม่สามารถส่งออกของเสียอันตรายไปยังประเทศกำลังพัฒนา ไม่ว่าจะมีจุดประสงค์เพื่อการกำจัดขั้นสุดท้าย หรือเพื่อการนำกลับมาใช้ประโยชน์ใหม่ก็ตาม²³

กลุ่มที่คัดค้านข้อแก้ไขห้ามการส่งออกนี้²⁴ ซึ่งเป็นกลุ่มที่สนับสนุนการค้าเสรี เห็นว่า ข้อแก้ไขห้ามการส่งออกนี้ทำให้ตลาดการค้าของเสียอันตรายที่สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ (รีไซเคิล) ถูกแบ่งเป็นสองตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสิ่งแวดล้อม โดยอาจจะนำไปสู่การเพิ่มปริมาณการค้าระหว่างประเทศกำลังพัฒนาด้วยกันเอง เพิ่มระดับการกำจัดขั้นสุดท้ายในประเทศอุตสาหกรรมแทนที่จะนำกลับมาคืนสภาพ เพิ่มความต้องการในการใช้วัตถุดิบจากแหล่งทรัพยากรธรรมชาติมากขึ้น เพิ่มต้นทุนแก่อุตสาหกรรมรีไซเคิลในประเทศกำลังพัฒนา และที่สำคัญ จะทำให้เกิดการลดปริมาณการถ่ายทอดเทคโนโลยีรีไซเคิลที่มีความปลอดภัยต่อสิ่งแวดล้อมและความช่วยเหลือทางเทคนิคแก่ประเทศกำลังพัฒนา (OECD, 1999; Guevara, 1999; Hoffmann, 2001) Hoffmann (2001) คาดการณ์ว่า หากข้อแก้ไขห้ามการส่งออกมีผลบังคับใช้ จะส่งผลให้อุตสาหกรรมรีไซเคิลแบตเตอรี่รถยนต์ในประเทศฟิลิปปินส์มีต้นทุนค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้นถึง 80 ล้านดอลลาร์ จากการนำเข้าแบตเตอรี่ใหม่ เพื่อทดแทนการนำเข้าแบตเตอรี่ใช้แล้วจากประเทศกลุ่ม OECD

²³ มีข้อถกเถียงว่า ประเทศกำลังพัฒนาสามารถนำมาตรา 11 (การทำข้อตกลงทวิภาคีหรือพหุภาคี) มาใช้เป็นช่องทางในการนำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศพัฒนาแล้วได้หรือไม่ ในปี 2539 สหภาพยุโรปได้ยื่นหนังสือถึงเลขาธิการอนุสัญญาบาเซลคัดค้านแนวทางดังกล่าว โดยให้อ้างถึงการวิเคราะห์ด้วยทฤษฎีกฎหมาย ว่าการใช้มาตรา 11 เป็นการหลีกเลี่ยงพันธกรณีในมาตรา 4A ในข้อแก้ไขอนุสัญญา ซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับในมุมมองทางกฎหมาย (Guevara, 1999) มาตรา 4A ระบุว่า "Each Party listed in Annex VII shall prohibit all transboundary movements of hazardous wastes which are destined for operations according to Annex IV A, to States not listed in Annex VII. Each Party listed in Annex VII shall phase out by 31 December 1997, and prohibit as of that date, all transboundary movements of hazardous wastes under Article 1(1)(a) of the Convention which are destined for operations according to Annex IV B to States not listed in Annex VII. Such transboundary movement shall not be prohibited unless the wastes in question are characterised as hazardous under the Convention. ..."

²⁴ กลุ่มที่คัดค้าน Ban Amendment ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา นิวซีแลนด์ สหรัฐอเมริกา (ไม่ได้เป็นภาคีอนุสัญญาบาเซล) องค์การด้านการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่ International Council on Metals and Mining (ICMM) International Chamber of Commerce (ICC) United Nations Center for Trade and Development (UNCTAD) และเครือข่ายองค์กรพัฒนาเอกชน ที่ชื่อ เครือข่ายเพื่อการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Network) (<http://www.ban.org>)

อย่างไรก็ดี กลุ่มที่สนับสนุนข้อแก้ไขห้ามการส่งออก โดยเฉพาะองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กลุ่มกรีนพีซและ Ban Action Network (BAN) ได้โต้แย้งว่า กลุ่มผู้คัดค้านข้อแก้ไขห้ามการส่งออกคำนึงถึงแต่เหตุผลทางเศรษฐกิจ และมองข้ามผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนโดยเฉพาะคนงานในโรงงานรีไซเคิลและคนในชุมชนใกล้เคียง เพราะแม้แต่ในประเทศพัฒนาแล้ว คนงานในโรงงานรีไซเคิลซากผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ก็ยังมีความเสี่ยงต่อการได้รับสารพิษจากโลหะหนักที่บรรจุอยู่ในผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ งานวิจัยด้านสุขภาพและสิ่งแวดล้อมชิ้นหนึ่งในประเทศสวีเดน (Sjodin et al., 1999) ได้ตรวจสอบระดับการปนเปื้อนของสาร PBDE (ซึ่งเป็นหนึ่งใน 6 สารอันตรายที่สหภาพยุโรปห้ามใช้ในการผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในขณะนี้) ในเลือดของคนงานสามกลุ่มอาชีพ ได้แก่ คนงานในโรงงานรีดถอนและรีไซเคิลซากชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ เสมียนที่ทำงานโดยใช้คอมพิวเตอร์เป็นประจำ และพนักงานทำความสะอาด พบว่า คนงานในโรงงานรีไซเคิลซากชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ มีระดับสาร PBDE ในเลือดสูงกว่าคนงานอีกสองกลุ่มอย่างมีนัยยะสำคัญ²⁵ ดังนั้น หากคิดคำนวณต้นทุนทางสังคมทั้งหมด ได้แก่ คุณค่าของชีวิตของคนที่ย้ายชีวิตก่อนวันอันควรอันเนื่องมาจากการสะสมของสารพิษ ค่ารักษาพยาบาลผู้ป่วยที่ได้รับสารพิษ และค่าใช้จ่ายในการฟื้นฟูบำบัดสภาพแวดล้อม เช่น ดิน และน้ำที่ปนเปื้อนสารโลหะหนัก อาจเป็นมูลค่าที่สูงกว่าผลประโยชน์ทางธุรกิจที่ได้จากการนำเข้าของเสียอันตรายมาใช้ในอุตสาหกรรมรีไซเคิล (Basel Action Network, 2001)

สำหรับผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดกับประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาจากรายชื่อประเทศที่นำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศไทยและประเทศที่ส่งออกของเสียอันตรายมายังประเทศไทย ในช่วงปี 2546-2547 พบว่า ประเทศที่นำเข้าของเสียอันตรายจากประเทศไทย ได้แก่ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น เบลเยียม และฟิลิปปินส์ (เรียงตามปริมาณของเสียอันตราย) ส่วนประเทศที่ส่งออกของเสียอันตรายมายังประเทศไทย ได้แก่ สิงคโปร์ ญี่ปุ่น ฮองกง เกาหลี ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์

ดังนั้น หากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลใช้บังคับ ประเทศที่ไม่สามารถนำเข้าของเสียอันตรายมายังประเทศไทยได้อีกต่อไป คือ ญี่ปุ่น เกาหลี ออสเตรเลีย และนิวซีแลนด์ เมื่อพิจารณาอุปสรรคของเสียอันตรายที่นำเข้าจากประเทศเหล่านี้ในปี 2547 พบว่าเป็นของเสียอันตรายประเภทเดียวกัน คือ อุปกรณ์เครื่องใช้สำนักงานของบริษัทซีร็อกซ์ใช้แล้ว และอุปกรณ์เครื่องถ่ายเอกสารของบริษัทซีร็อกซ์ที่มีโทนเนอร์ คิดเป็นจำนวนทั้งหมด 140 ตัน ดังนั้น มีเพียงบริษัท พูจี ซีร็อกซ์ อีโค-แมนูแฟคเจอร์ จำกัด ซึ่งเป็นผู้นำเข้าสินค้าเหล่านี้ จะได้รับผลกระทบจากข้อแก้ไขห้ามการส่งออก

อย่างไรก็ดี สิ่งที่น่าเป็นห่วง คือ แนวโน้มของการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายที่เติบโตขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะในปี 2548 ได้ส่งออกไป 4,926 ตัน และนำเข้า 6,945 ตัน (ข้อมูลเดือนมกราคมถึงพฤศจิกายน, กรมโรงงานอุตสาหกรรม) เป็นทิศทางที่สวนทางกับพันธกรณีต่ออนุสัญญาบาเซลที่ต้องการให้มีการลดปริมาณการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดน²⁶ และการลดปริมาณของเสียอันตราย ณ

²⁵ The total median PBDE concentrations in the serum from workers at the electronics-dismantling plant, clerks, and cleaners were 37, 7.3, and 5.4 pmol/g lw, respectively (Sjodin et al., 1999).

²⁶ The obligation for reducing transboundary movements:

"Each Party shall take the appropriate measures to ensure that the transboundary movement of hazardous wastes and other wastes is reduced to a minimum consistent with the environmentally sound and efficient management of

แหล่งกำเนิด²⁷ เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการจัดการของเสียอันตราย แม้แต่ของเสียอันตรายที่เกิดภายในประเทศ ดังจะเห็นได้ว่า ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายที่จัดการขยะอันตรายอย่างเป็นระบบ กระบวนการจัดเก็บ คัดแยก รีไซเคิล และการกำจัดทิ้งก็ยังเป็นแบบดั้งเดิม (คนคุ้ยขยะ ซาเล้ง และร้านรับซื้อของเก่า) ที่ไม่มีการควบคุมและ/หรือป้องกันอันตรายจากสารพิษหรือการป้องกันการปนเปื้อนสิ่งแวดล้อม ดังนั้น การนำเข้าของเสียอันตรายยังเป็นการเพิ่มปริมาณสารพิษในประเทศ นอกจากนี้ ของเสียอันตรายที่นำเข้มารีไซเคิล เมื่อผ่านกระบวนการรีไซเคิลแล้ว ก็ยังเหลือเศษซากที่มีสารพิษให้เป็นภาระในการกำจัดต่อไป

นอกจากนี้ เหตุการณ์ที่เจ้าหน้าที่ด่านสิ่งแวดล้อมของได้หวันตรวจพบการปลอมแปลงใบอนุญาตนำเข้าของเสียอันตรายโดยบริษัทได้หวันลูกในประเทศมาเลเซีย เมื่อปี 2547 โดยบริษัทดังกล่าวได้นำเข้าของเสียอันตรายจากบริษัทแม่ในประเทศได้หวันอย่างต่อเนื่อง เป็นตัวอย่างที่ประเทศไทยต้องเฝ้าระวังมิให้เกิดเหตุการณ์ดังกล่าวขึ้นในประเทศ ทั้งนี้ กรมโรงงานอุตสาหกรรมจำเป็นต้องเพิ่มความเข้มงวดในการควบคุมดูแลบริษัทต่างชาติที่เข้ามาดำเนินธุรกิจรีไซเคิลของเสียอันตรายให้มากขึ้น กรมศุลกากรควรเพิ่มความเข้มงวดในการตรวจสอบเอกสารต่างๆ และตรวจค้นตู้คอนเทนเนอร์ที่น่าสงสัย

จากการวิเคราะห์ผลกระทบของมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลต่อประเทศไทย ซึ่งให้เห็นว่า ประเทศไทยยังไม่ได้รับผลกระทบในทางลบจากมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลมากนัก เนื่องจากปริมาณนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายยังอยู่ในระดับต่ำ อย่างไรก็ตาม แนวโน้มการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตรายที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตั้งแต่ปี 2547 เป็นต้นมา และหากข้อห้ามการส่งออก (Ban Amendment) มีผลบังคับใช้ ผู้ประกอบการที่นำเข้าของเสียอันตรายเพื่อรีไซเคิลหรือสกัดโลหะมีค่า อาจได้รับผลกระทบจากมาตรการทางการค้าในอนุสัญญาบาเซลมากขึ้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาศักยภาพของประเทศไทยในการจัดการของเสียอันตราย พบว่า ยังมีปัญหาอยู่มากทั้งในเรื่องตัวบทกฎหมาย ลักษณะการจัดการของเสียอันตรายที่ยังขาดการจัดการโดยคำนึงถึงสิ่งแวดล้อม (Environmentally Sound Management) การบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ ตลอดจนการลักลอบทิ้งกากของเสียอันตรายของผู้ประกอบการที่ไร้จิตสำนึก ประกอบกับปริมาณของเสียอันตราย โดยเฉพาะอย่างยิ่งขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่เพิ่มปริมาณขึ้นอย่างมากในแต่ละปี ภายใต้สภาพการณ์เช่นนี้ การนำเข้าของเสียอันตรายจากต่างประเทศเข้ามามีแนวโน้มจะเป็นการซ้ำเติมปัญหาสิ่งแวดล้อมในประเทศ จุดยืนของประเทศไทยน่าจะเป็นการห้ามการนำเข้าและส่งออกของเสียอันตราย พัฒนาระบบการจัดการของเสียอันตรายในประเทศอย่างจริงจัง และพัฒนากระบวนการผลิตและเทคโนโลยีการผลิตที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม

such wastes, and is conducted in a manner which will protect human health and the environment against the adverse effects which may result from that movement.” (Article 4, paragraph 2, (d))

²⁷ The obligation to reduce waste generation: “Each Party shall take the appropriate measures to ensure that the generation of hazardous wastes and other wastes within it is reduced to a minimum, taking into account social, technological and economic aspects;” (Article 4, paragraph 2, (a))

1.5 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

การป้องกันการลักลอบนำเข้าของเสียอันตราย

ประกาศของกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่เป็นวัตถุอันตรายเข้ามาในราชอาณาจักร พ.ศ. 2546 ช่วยป้องกันการนำเข้าเศษเหลือทิ้งเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่จะมาเพิ่มปริมาณขยะในประเทศ อย่างไรก็ตาม ภายใต้อำนาจของกฎหมายนี้ไม่ครอบคลุมของเสียอันตรายประเภทอื่นๆ ที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาบาเซล ดังนั้น หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ควรพิจารณาการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมของเสียอันตราย โดยคำนึงว่าด้วยของเสียอันตราย จะต้องระบุถึงคุณลักษณะของของเสียอันตรายอย่างชัดเจน ทั้งของเสียอันตรายตามที่ระบุไว้ในอนุสัญญาบาเซล และที่นอกเหนือไปจากอนุสัญญาบาเซล โดยเฉพาะสินค้าประเภทมือสองที่มีความคาบเกี่ยวระหว่างการเป็นของเสียอันตราย และสินค้าที่นำไปใช้ใหม่ได้ การนำของเสียไปใช้ประโยชน์ วิธีการและขั้นตอนการจัด และกำหนดหน่วยงานรับผิดชอบควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสีย มีประกาศกำหนดรายชื่อของเสียอันตรายซึ่งปรับปรุงให้เหมาะสมได้ ควรมีบทกำหนดโทษที่ชัดเจน สามารถปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ยังควรมีมาตรการที่กำหนดเพื่อปรับปรุงช่องว่างที่ยังปรากฏในอนุสัญญาบาเซลด้วย พระราชบัญญัติว่าด้วยของเสียอันตรายที่เสนอนี้ ต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2469 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการขนถ่ายสินค้าและสิ่งของต่างๆ เข้ามาภายในประเทศ โดยใช้บัญชีควบคุมสินค้าสำหรับเรือ

1. กรมศุลกากรควรจัดทำตารางเปรียบเทียบรหัสของเสียอันตรายตามอนุสัญญาบาเซลกับพิภพรหัสสถิติตามระบบฮาร์โมนไนซ์และรหัสชนิดและประเภทของเสียของกรมโรงงานอุตสาหกรรม และพัฒนาระบบฐานข้อมูล ซึ่งจะช่วยเพิ่มศักยภาพในการควบคุมการขนส่งของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย

2. ควรมีการจัดตั้ง “กองทุน” ภายใต้การบริหารของกรมควบคุมมลพิษ เพื่อช่วยเหลือในกรณีฉุกเฉิน เช่น การเกิดเหตุฉุกเฉินระหว่างทางเคลื่อนย้าย การลักลอบนำเข้าของเสียอันตรายเข้ามาในประเทศ รวมทั้งกรณีบริษัทในประเทศไทยลักลอบส่งออกต่างประเทศ เป็นต้น โดยส่วนหนึ่งเก็บจากผู้นำเข้าของเสียอันตรายและอีกส่วนจากกองทุนสิ่งแวดล้อม การมีกองทุนจะช่วยลดความเสี่ยงที่รัฐจะต้องเป็นผู้แบกรับภาระการเคลื่อนย้ายของเสียอันตราย

3. กรมโรงงานอุตสาหกรรมควรพิจารณาการนำระบบ Manifest ซึ่งเป็นระบบติดตามวงจรชีวิตของกากของเสียอันตราย ตั้งแต่จุดกำเนิดของเสียอันตราย การขนส่ง การเก็บรักษา จนกระทั่งการจัดและบำบัดขั้นสุดท้าย มาใช้ในการควบคุมการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายข้ามประเทศ เพื่อให้มั่นใจว่าเมื่ออนุญาตให้นำของเสียอันตรายเข้ามาแล้ว จะสามารถติดตามตรวจสอบได้ว่าการจัดการถูกต้องหรือไม่ ทั้งนี้ ควรศึกษาช่องทางทางกฎหมายที่มีอยู่ และประสานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมควบคุมมลพิษ กรมขนส่ง เป็นต้น

การควบคุมการนำเข้าของเสียอันตราย

1. การส่งออกของเสียอันตรายในปัจจุบัน ส่วนหนึ่งเกิดจากข้อบกพร่องกฎหมายที่ไม่เอื้ออำนวยต่อการทำธุรกิจรีไซเคิลภายในประเทศ ดังนั้น ควรมีการปรับปรุงแก้ไขข้อกำหนดในพระราชบัญญัติกรม

ศุลกากร มาตรา 19 ทวิและพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน มาตรา 36 (1) และ (2) ยกเว้นภาษีนำเข้าสำหรับเศษเหลือทิ้งจากกระบวนการผลิต เพื่อจูงใจให้ผู้ผลิตขายเศษเหลือทิ้งแก่บริษัทรีไซเคิลภายในประเทศ

2. รัฐบาลควรให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้วโดยเร็ว เพื่อให้ระบบการจัดการของเสียอันตรายเกิดขึ้น ซึ่งจะช่วยเพิ่มปริมาณการจัดเก็บของเสียอันตราย และลดความต้องการนำเข้าจากต่างประเทศ

อนุสัญญาบาเซลและเครือข่าย

1. หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมควบคุมมลพิษ กรมโรงงานอุตสาหกรรม ควรติดตามแผนการดำเนินงานภายใต้แผนยุทธศาสตร์ เพื่อดูช่องทางการขอความช่วยเหลือในเรื่องเทคโนโลยีสะอาด การลดปริมาณของเสีย และการเพิ่มขีดความสามารถของเจ้าหน้าที่ในการติดตาม ตรวจสอบ และป้องกันการลักลอบนำเข้าของเสียอันตราย และทำข้อเสนอโครงการต่อศูนย์ฝึกอบรมและถ่ายทอดเทคโนโลยีในประเทศจีนและอินโดนีเซีย

2. กรมควบคุมมลพิษและกรมโรงงานอุตสาหกรรมควรเสนอให้เครือข่ายเอเชียเพื่อป้องกันการเคลื่อนย้ายของเสียข้ามแดนอย่างผิดกฎหมาย การพัฒนาโครงการความช่วยเหลือทางเทคนิคและการเสริมสร้างขีดความสามารถร่วมกัน เพื่อยกระดับความร่วมมือให้มากกว่าระดับการแลกเปลี่ยนข้อมูลระหว่างกัน

การเจรจา FTA

ในการเจรจาความตกลงเขตการค้าเสรีกับสหรัฐอเมริกา หากประเทศไทยเปิดเสรีการลงทุนให้บริษัทของสหรัฐอเมริกาเข้ามาดำเนินธุรกิจกำจัดและรีไซเคิลของเสียอันตราย ก็เกิดกรณีพิพาทดังเช่นกรณีข้อพิพาทใน NAFTA (กรณีบริษัท S.D Myers ฟ้องรัฐบาลแคนาดา) ดังนั้น รัฐบาลไทยควรยื่นข้อเรียกร้องต่อสหรัฐอเมริกา

- 1) จะต้องมีการระบุให้ชัดเจนว่า ข้อกำหนดต่างๆ ในความตกลง FTA จะต้องไม่มีผลต่อการจำกัดสิทธิของประเทศไทย หรือมีผลต่อการขัดขวาง สร้างอุปสรรคให้กับประเทศไทยในการปฏิบัติตามพันธกรณีของ MEAs ที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกอยู่ หรือจะเป็นสมาชิกในอนาคต
- 2) ควรระบุให้ชัดเจนว่า การกำหนดนโยบายหรือมาตรการใดๆ ของรัฐที่เป็นการเพิ่มระดับความเข้มงวดหรือยกมาตรฐานในการดูแลปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือสุขภาพของประชาชน หรือประโยชน์ของสาธารณะ จะไม่ถูกนำมาเพื่อใช้อ้างเป็นฐานความผิดในการฟ้องร้องได้ แม้ว่ามาตรการหรือนโยบายดังกล่าวจะมีผลต่อการเพิ่มต้นทุนหรือส่งผลกระทบต่อประกอบการประกอบกิจกรรมของนักลงทุน
- 3) ควรมีการระบุให้ชัดเจนว่า ในกรณีที่มีข้อพิพาทระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับประเด็นด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นและเกี่ยวกับ MEAs ประเทศภาคีสหประชาชาติที่จะเลือกใช้กลไกการตัดสินระงับข้อพิพาทที่กำหนดไว้ใน MEAs ด้วย ไม่ใช่ถูกบังคับให้ใช้กลไกระงับข้อพิพาทตามที่กำหนดไว้ในความตกลง FTA เท่านั้น

2. ระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป

2.1 ความเป็นมา

ในขณะที่อนุสัญญาบาเซลซึ่งเป็นความตกลงพหุภาคีด้านสิ่งแวดล้อม ที่ใช้มาตรการทางการค้ามาเป็นเครื่องมือในการจัดการสิ่งแวดล้อม ระเบียบว่าด้วยเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (ที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ WEEE”) และระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (ที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ RoHS”) ของสหภาพยุโรปเป็นมาตรการฝ่ายเดียวที่นำเหตุผลทางสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมาตั้งเป็นเงื่อนไขในการผลิตสินค้าของผู้ผลิต ด้วยเหตุที่ตลาดเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของโลกเป็นการแข่งขันระหว่างบริษัทข้ามชาติที่ไปลงทุนในประเทศต่างๆ และสหภาพยุโรปเป็นตลาดที่ใหญ่ที่มีผู้บริโภคกว่า 500 ล้านคน การกำหนดมาตรฐานสินค้าในสหภาพยุโรป จึงมีผลกระทบอย่างมากต่อมาตรฐานและกฎเกณฑ์สินค้าในประเทศอื่นๆ ด้วย

เนื่องจากสหภาพยุโรปเป็นตลาดส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่สำคัญแห่งหนึ่งของประเทศไทย คือ ร้อยละ 15.5 ของมูลค่าการส่งออกเครื่องใช้ไฟฟ้าและ 16.2 ของมูลค่าการส่งออกอิเล็กทรอนิกส์โดยรวม ในปีพ.ศ. 2548 (จากเว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, <http://www.thaieei.com/>) ซึ่งสูงเป็นอันดับสาม รองจากตลาดสหรัฐอเมริกาและตลาดอาเซียน อีกทั้ง จะมีการออกระเบียบที่คล้ายคลึงกันนี้อีกหลายประเทศ เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนีย เม็กซิโก แคนาดา จีน และเกาหลี²⁸ การศึกษาวิเคราะห์ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรปต่อการค้าและสิ่งแวดล้อมของไทย และการรับมือของภาครัฐและภาคเอกชน จะช่วยชี้ให้เห็นแนวนโยบายด้านการค้าและสิ่งแวดล้อมที่ควรเร่งดำเนินการ เพื่อเตรียมรับมือกับปัญหาในทำนองเดียวกันนี้ที่จะตามมาอีกมาก

²⁸ -ประเทศญี่ปุ่นได้ประกาศใช้ Home Appliance Recycling Law ก่อนที่จะมีระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป

-ในประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ออกระเบียบ “The Electronic Waste Recycling Act of 2003” ซึ่งห้ามจำหน่ายสินค้าที่มีโลหะหนักตามที่สหภาพยุโรปบังคับ โดยจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2549 นอกจากนี้ ยังมีมลรัฐฮาวาย เม็กซิโก แคนาดา กำลังพิจารณาการห้ามใช้สารอันตรายเช่นกัน

-รัฐบาลจีนได้ประกาศใช้ระเบียบ China RoHS อย่างเป็นทางการใน คำสั่งกระทรวงอุตสาหกรรมสารสนเทศ ที่ 39 เรื่อง “มาตรการควบคุมการก่อกวนมลพิษจากผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์สารสนเทศ” (Ministry of Information Industry Order # 39 on “Management Measures for Controlling Pollution caused by Electronic Information Products”) เมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2549 ระเบียบนี้จะมีผลบังคับใช้กับผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์สารสนเทศที่เกี่ยวข้อง ตั้งแต่วันที่ 1 มีนาคม 2550

-เมื่อวันที่ 30 มีนาคม 2549 ที่ผ่านมา รัฐบาลเกาหลีใต้เวียนแจ้งกฎระเบียบ “Act for Resource Recycling of Electrical/Electronic Products and Automobiles” ให้ประเทศสมาชิก WTO ลงความเห็นตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้าภายใต้องค์การการค้าโลก (TBT) (Notification No. G/TBT/N/KOR/105) ซึ่งคาดว่าจะมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2550

2.2 สารสำคัญของระเบียบ WEEE และระเบียบ RoHS

สหภาพยุโรปเป็นกลุ่มประเทศที่ให้ความสำคัญต่อการแก้ไขปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและการพัฒนาที่ยั่งยืนที่เกี่ยวข้องกับการค้าระหว่างประเทศเป็นอย่างมาก และได้ดำเนินการออกกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการค้าและสิ่งแวดล้อมหลายฉบับ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อการค้ากับสหภาพยุโรปได้ในกรณีที่ประเทศคู่ค้าไม่สามารถทำได้ตามข้อกำหนด

หลังจากการเตรียมการเพื่อพิจารณากำหนดระเบียบว่าด้วยเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เป็นระยะเวลากว่า 5 ปี สหภาพยุโรปจึงได้ประกาศบังคับใช้ระเบียบเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าว 2 ฉบับ ได้แก่

1. ระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2002/96/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on Waste Electrical and Electronic Equipment หรือ ระเบียบของสภายุโรปและของคณะมนตรียุโรปลงวันที่ 27 มกราคม 2003 ว่าด้วยซากอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์) (ในเอกสารนี้จะใช้ชื่อย่อว่า ระเบียบ WEEE)
2. ระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Directive 2002/95/EC of the European Parliament and of the Council of 27 January 2003 on the Restriction of the Use of Certain Hazardous Substances in Electrical and Electronic Equipment หรือ ระเบียบสหภาพยุโรปของคณะมนตรียุโรปลงวันที่ 27 มกราคม 2003 ว่าด้วยการจำกัดการใช้สารอันตรายบางชนิดในอุปกรณ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์) (ในเอกสารนี้จะใช้ชื่อย่อว่า ระเบียบ RoHS)

ระเบียบทั้ง 2 ฉบับนี้ ได้ตีพิมพ์ลงในวารสารทางการของสหภาพยุโรป (Official Journal of the European Union) ฉบับวันที่ 13 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 ซึ่งถือว่าเป็นวันที่ประกาศใช้ระเบียบทั้งสองอย่างเป็นทางการ และมีผลบังคับใช้ต่อประเทศสมาชิกตั้งแต่วันที่ประกาศเป็นต้นมา โดยประเทศสมาชิกต้องประกาศใช้เป็นกฎหมายในแต่ละประเทศภายในระยะเวลา 18 เดือน หลังจากวันที่ประกาศในวารสารทางการ คือ วันที่ 13 สิงหาคม พ.ศ. 2547 อย่างไรก็ตามในส่วนของระเบียบ RoHS ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับการห้ามมิให้มีสารอันตราย 6 ชนิดในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่กำหนดไว้นั้น อนุโลมให้ยืดระยะเวลาการบังคับใช้ได้โดยให้มีผลอย่างช้าที่สุดภายในวันที่ 1 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 เป็นต้นไป

ระเบียบ WEEE และ RoHS เกิดขึ้นมาจากความตระหนักถึงการเพิ่มปริมาณของเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อย่างรวดเร็ว อันเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรมบริโภค การแข่งขันทางการตลาด และการพัฒนาสินค้ารูปแบบใหม่ๆ ทำให้การบริโภคเครื่องใช้ไฟฟ้าเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ทำให้สินค้าบางอย่าง เช่น คอมพิวเตอร์และโทรศัพท์เคลื่อนที่มีช่วงอายุสั้นกว่าอายุการใช้งานจริงมาก ซึ่งในท้ายที่สุด สินค้าเหล่านี้ก็ต้องถูกนำมาทิ้ง ก่อให้เกิดขยะที่จะเพิ่มปริมาณขึ้นอย่างมหาศาลจนยากแก่การจัดการและก่อปัญหาให้กับสิ่งแวดล้อมในที่สุด คณะกรรมาธิการยุโรป รายงานว่า ในปี 2541 ชาวยุโรปได้ทิ้งเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขยะอิเล็กทรอนิกส์เฉลี่ย 14 กิโลกรัมต่อคนต่อปี และคาดว่าในปัจจุบัน เพิ่มขึ้นเป็น 17 -20 กิโลกรัมต่อคนต่อปี ซึ่งเท่ากับว่า สหภาพ

ยุโรปเป็นแหล่งกำเนิดขยะอิเล็กทรอนิกส์ถึงปีละ 6 ล้านตันใน 15 ประเทศซึ่งคิดเป็น 4% ของปริมาณขยะจากชุมชนและมีอัตราการเพิ่มถึง 3-5% ต่อปีซึ่งสูงกว่าขยะจากครัวเรือนทั่วไปถึงสามเท่า (EUROPA, 2006)

ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่วนใหญ่มีสารอันตรายที่เป็นพิษต่อมนุษย์และสิ่งแวดล้อมอยู่เป็นจำนวนมาก แม้ในช่วงการใช้งานจะไม่ก่อให้เกิดพิษภัยต่อผู้ใช้หรือสิ่งแวดล้อม แต่หากมีการถอดประกอบหรือนำไปโยนทิ้งหรือการทำลายซากโดยไม่ระวังหรือไม่ถูกวิธี ทำให้เครื่องใช้หรือชิ้นส่วนที่ผู้ผลิตออกแบบไว้เพื่อป้องกันอันตรายจากสารพิษแตกหัก เสียหาย ทำให้สารพิษบางชนิดระเหยออกสู่สิ่งแวดล้อมได้ (เช่น หลอดไฟ) บางชนิด เมื่อโดนแดด โดนฝนก็อาจถูกชะลงสู่พื้นดิน การกำจัดเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อย่างถูกวิธีในปัจจุบัน มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูงและยังไม่คุ้มค่าทางเศรษฐกิจ ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่หมดอายุแล้วส่วนใหญ่ จึงถูกทำลายโดยการฝังหรือเผาโดยไม่ผ่านขั้นตอนการกำจัดพิษ สารพิษที่ตกค้างก็อาจถูกชะลงผิวดิน ซึมลงแหล่งน้ำใต้ดิน กระจายไปในอากาศ ทำลายสิ่งแวดล้อม ปะปนเข้าสู่ห่วงโซ่อาหาร ทำลายระบบนิเวศน์ และวนกลับมาทำลายมนุษย์ในที่สุด

นอกจากนี้ ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่วนใหญ่ประกอบด้วยส่วนประกอบที่มีความซับซ้อน และใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่มีค่า เช่น ทอง เงิน ทองคำขาว ทองแดง อลูมิเนียม และแร่ธาตุที่หายากอื่นๆ อีกมากมาย การถลุงธาตุเหล่านี้ใช้พลังงานมาก จึงเป็นที่น่าเสียดายหากธาตุที่มีเหล่านี้ถูกฝังไปพร้อมๆ กับเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ นอกจากนี้ การเพิ่มปริมาณการบริโภคผลิตภัณฑ์ไฟฟ้า ทำให้อัตราการทิ้งทรัพยากรที่มีค่าจากพื้นโลกเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว หากสถานการณ์ยังคงเป็นเช่นนี้ ก็อาจเกิดปัญหาการขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในชนรุ่นหลัง

มาตรการต่างๆ ในการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในอดีตยังไม่มีประสิทธิภาพ เนื่องจากการควบคุมที่ปลายทาง (End-of-Pipe Solution) ที่ต้องคอยไล่ตามการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีซึ่งพัฒนาไปไม่หยุดยั้ง แนวคิดที่ให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย หรือ Polluter Pay Principle (PPP) นั้น เป็นแนวคิดที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางโดยเสนอให้ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่ายค่าจัดการกับมลพิษที่ตนก่อขึ้น ซึ่งจะทำให้ผู้ก่อมลพิษซึ่งส่วนใหญ่ คือ ผู้บริโภค ต้องระมัดระวังมากขึ้น อย่างไรก็ตาม การให้ผู้บริโภคเป็นผู้รับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ยังไม่สามารถประกันได้ว่า สารปนเปื้อนจะลดปริมาณลง เนื่องจากผู้บริโภคมีทางเลือกน้อย เช่น รถยนต์ และผลิตภัณฑ์ไฟฟ้า เป็นต้น ดังนั้น จึงมีแนวคิดให้ผู้ผลิตสามารถเป็นกลจักรสำคัญในการลดสารพิษและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม หลักการนี้รู้จักกันในนาม “หลักการขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” หรือ Extended Producer Responsibility (EPR) โดยหลักการนี้เรียกร้องให้ผู้ผลิตต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อสินค้าที่นำเข้าสู่ตลาดจนกว่าสินค้าจะหมดอายุ และถูกทำลายอย่างถูกวิธี และลดโอกาสที่ขยะจะสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมและเป็นอันตรายต่อผู้ที่ต้องจัดการถอดประกอบ รีไซเคิล กำจัด ขยะเหล่านี้

1) สำคัญของระเบียบ WEEE

ระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ หรือที่เรียกอย่างย่อๆ ว่า ระเบียบ WEEE เป็นมาตรการหนึ่งของนโยบายผลิตภัณฑ์ครบวงจร (Integrated Product Policy: IPP) ที่เป็นนโยบายหนึ่งในนโยบายด้านสิ่งแวดล้อมของสหภาพยุโรป โดยเกิดจากแนวคิดวงจรชีวิตของผลิตภัณฑ์ (Product Life Cycle) ว่า นับแต่เมื่อนำวัตถุดิบมาผลิตผลิตภัณฑ์เพื่อจำหน่ายและให้ผู้บริโภคใช้ จนถึงขั้นตอนการกำจัดหรือทำลายซากเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์นั้น การดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าว จะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม สุขภาพและสุขอนามัยของมนุษย์ สัตว์หรือพืช

วัตถุประสงค์ของระเบียบ WEEE เพื่อใช้เป็นมาตรการในการป้องกันการเพิ่มปริมาณของเศษเหลือทิ้งหรือซากของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อส่งเสริมให้มีการคืนสภาพ (recovery) ชิ้นส่วนหรือวัสดุ และการนำกลับมาใช้ใหม่(recycle/reuse) โดยผ่านระบบการรับคืน (return) และการจัดเก็บ (collection) ของผู้ผลิต และเพื่อลดความเสี่ยงและผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อม อันเกิดจากการกำจัดซากของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ โดยใช้ “หลักการขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” หรือ Extended Producer Responsibility (EPR) เป็นพื้นฐาน ส่วนผู้ผลิตนั้นจะครอบคลุมทั้งผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ ผู้นำเข้า และผลิตภัณฑ์นั้น จะหมายถึง ผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายทั้งหมด ไม่ว่าโดยวิธีใด และรวมถึงผลิตภัณฑ์ที่จำหน่ายทางอินเทอร์เน็ตหรือ E-Commerce ด้วย

เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว สหภาพยุโรปต้องใช้มาตรการหลายประการ เช่น การแยกเก็บซากเศษเหลือทิ้ง การจัดการและการคืนสภาพของเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ ทั้งนี้ มาตรการสำคัญที่นำมาใช้ คือ การที่ผู้ผลิตต้องรับภาระในค่าใช้จ่ายทั้งหมด ในการดำเนินการจัดการกับซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ที่ตนผลิต โดยจะต้องไม่มีการเก็บค่าใช้จ่ายจากผู้ใช้ในครัวเรือนที่นำซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์มาคืนให้กับผู้ผลิต การกำหนดมาตรการเช่นนี้จะเป็แรงจูงใจทางเศรษฐกิจที่ทำให้ผู้ผลิตต้องพยายามปรับปรุงกระบวนการผลิตหรือการออกแบบผลิตภัณฑ์ของตนเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการจัดการซากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ของตน

สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ (2546) ได้สรุปสาระสำคัญของระเบียบ WEEE ในตารางต่อไปนี้

ตารางที่ 1 สารสำคัญของระเบียบ WEEE

สาระสำคัญ	รายละเอียด
1. ขอบเขตของสินค้า	สินค้าที่จัดเป็นผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Electrical and Electronic Equipment: EEE) ครอบคลุมสินค้า 10 ประเภท คือ 1.1 ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดใหญ่ที่ใช้ในครัวเรือน เช่น ตู้เย็น เครื่องซักผ้า ไมโครเวฟ เครื่องทำความเย็น ฯลฯ 1.2 ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดเล็กที่ใช้ในครัวเรือน เช่น เครื่องดูดฝุ่น เตารีด เครื่องปั่นขนมปัง เครื่องเป่าผม นาฬิกา ฯลฯ 1.3 อุปกรณ์เทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม เช่น คอมพิวเตอร์ (รวมจอภาพ แป้นพิมพ์ เมาส์) เครื่องพิมพ์ เครื่องถ่ายเอกสาร โทรศัพท์ โทรศัพท์มือถือ ฯลฯ 1.4 อุปกรณ์เครื่องใช้สำหรับผู้บริโภค เช่น โทรทัศน์ กล้องถ่ายวิดีโอ เครื่องดนตรีที่ใช้ไฟฟ้า ฯลฯ 1.5 อุปกรณ์ให้ความสว่าง เช่น หลอดไฟนีออน หลอดไฟประเภทต่างๆ ฯลฯ 1.6 เครื่องมือไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เช่น สว่านไฟฟ้า จักรเย็บผ้า ฯลฯ 1.7 ของเล่นเด็ก อุปกรณ์ให้ความบันเทิง เครื่องกีฬาที่ใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เช่น รถไฟฟ้า เกมสวิตช์และเครื่องบังคับ ฯลฯ 1.8 เครื่องมือทางการแพทย์ เช่น Radiotherapy equipment Cardiology ฯลฯ 1.9 เครื่องตรวจสอบและควบคุม เช่น เครื่องจับควันไฟ เทอร์โมสแตท ฯลฯ 1.10 เครื่องจำหน่ายสินค้าอัตโนมัติ เช่น ตู้จำหน่ายเครื่องดื่มอัตโนมัติ
2. คำจำกัดความ	คำจำกัดความของ “ผู้ผลิต” (producer) ครอบคลุมถึง 2.1 ผู้ผลิตและจำหน่ายสินค้าในนามผลิตภัณฑ์ (brand) ของตน 2.2 ผู้จำหน่ายสินค้าในนามผลิตภัณฑ์ของตนแต่ผลิตโดยผู้ผลิตอื่น (reseller) ทั้งนี้ ไม่รวมกรณีที่มีนามผลิตภัณฑ์ของผู้ผลิตปรากฏบนสินค้านั้นๆ ซึ่งผู้ผลิตจะเป็นผู้รับผิดชอบ 2.3 ผู้นำเข้าและผู้ส่งออกของประเทศสมาชิก EU ทั้งนี้ รวมถึงสินค้าที่จำหน่ายทางอินเทอร์เน็ต หรือ e-commerce ด้วย
3. การเก็บรวบรวม WEEE	3.1 อย่างช้าไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2548 ประเทศสมาชิกจะต้องเริ่มใช้มาตรการเพื่อให้มีการแยกทิ้งเศษซาก EEE ออกจากขยะทั่วไป โดยเป็นระบบ Separate Collection ซึ่งจัดตั้งจุดรวบรวมสำหรับผู้บริโภคหรือผู้จำหน่ายสินค้า (distributor) นำเศษซาก EEE ไปทิ้งโดยไม่ต้องเสียค่าบริการใดๆ หรือเมื่อผู้บริโภคซื้อผลิตภัณฑ์ใหม่ ผู้จำหน่ายสินค้า (หรือผู้ขาย) จะต้องรับเศษซากของผลิตภัณฑ์ประเภทเดียวกันจากผู้บริโภค โดยไม่คิดค่าบริการรับทิ้งใดๆ 3.2 อย่างช้า ไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2549 ประเทศสมาชิกจะต้องดำเนินการให้

สาระสำคัญ	รายละเอียด				
	เป็นไปตามเป้าหมายการเก็บรวบรวมเศษซาก EEE ซึ่งกำหนดอัตราการรวบรวมปีละ 4 กิโลกรัม โดยเฉลี่ย ต่อผู้อยู่อาศัย 1 ราย 3.3 สภายุโรป และคณะมนตรีจะกำหนดเป้าหมายดังกล่าวภายในวันที่ 31 ธันวาคม 2551 โดยจะพิจารณาการพัฒนาทางด้านเทคโนโลยีและสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศสมาชิก				
4. การจัดการเกี่ยวกับเศษซาก EEE	4.1 ผู้ผลิตหรือผู้ดำเนินการแทนผู้ผลิตจะต้องจัดตั้งระบบการจัดการเกี่ยวกับเศษซาก EEE โดยใช้เทคนิคที่ดีที่สุดที่ใช้อยู่ และอย่างน้อยที่สุด จะต้องมีการถอดแยกสารที่เป็นของเหลวออกจากเศษซาก EEE และมีการจัดการโดยเฉพาะ (Selective Treatment) สำหรับสารหรือส่วนประกอบประเภทต่างๆ (ระบุใน Annex II ของระเบียบฯ) 4.2 ทั้งนี้ ระบบดังกล่าว อาจจะเป็นระบบที่ใช้เฉพาะของผู้ผลิตเองแต่ละราย (individual system) หรือเป็นระบบร่วมกันของผู้ผลิตรายต่างๆ 4.3 ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของระบบจัดการดังกล่าว 4.4 ระเบียบฯ ได้กำหนดเงื่อนไขทางเทคนิคของสถานจัดการใน Annex II ของระเบียบฯ และสถานจัดการจะต้องมีใบอนุญาตดำเนินการ ซึ่งออกให้โดยหน่วยงานรับผิดชอบในประเทศสมาชิก 4.5 การจัดการเศษซาก EEE อาจดำเนินการ ณ นอกเขตประเทศสมาชิก EU ได้ ทั้งนี้ การขนส่งเศษซาก EEE ดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 6 ข้อ 5 ของระเบียบฯ				
5. Recovery and Reuse/Recycle	5.1 ผู้ผลิตหรือผู้ดำเนินการแทนผู้ผลิตจะต้องดำเนินการจัดระบบ Recovery และ Recycle/Reuse 5.2 ระบบดังกล่าวอาจเป็นระบบของผู้ผลิตแต่ละราย หรือเป็นระบบร่วมกันของผู้ผลิตรายต่างๆ (Collective System) 5.3 กำหนดเป้าหมายของ Recovery ซึ่งจะต้องดำเนินการให้ได้อย่างซ้ำไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2546 ดังนี้ <table border="1" data-bbox="443 1576 1401 2002"> <tr> <td data-bbox="443 1576 794 1794">ประเภทสินค้า</td><td data-bbox="794 1576 1401 1794">เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือการใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ</td></tr> <tr> <td data-bbox="443 1794 794 2002">สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10 สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4</td><td data-bbox="794 1794 1401 2002">ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65% ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50% ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น</td></tr> </table>	ประเภทสินค้า	เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือการใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ	สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10 สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4	ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65% ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50% ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น
ประเภทสินค้า	เป้าหมาย Recovery สำหรับสินค้า และเป้าหมาย Reuse/Recycle สำหรับส่วนประกอบ วัสดุหรือการใช้ในสินค้านั้นๆ โดยกำหนดจากน้ำหนักเฉลี่ยของอุปกรณ์นั้นๆ				
สินค้าประเภทที่ 1.1 และ 1.10 สินค้าประเภทที่ 1.3 และ 1.4	ขั้นต่ำ 75% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 65% ขั้นต่ำ 70% และ reuse/ recycle ขั้นต่ำ 50% ส่วนประกอบ วัสดุหรือสารที่ใช้ในสินค้านั้น				

สาระสำคัญ	รายละเอียด		
	<table border="1" data-bbox="443 248 1401 409"> <tr> <td data-bbox="443 248 794 409">สินค้าประเภทที่ 1.2, 1.5, 1.6, 1.7 และ 1.9 Gas Discharge Lamps</td><td data-bbox="794 248 1401 409">จะต้องมีการ reuse/recycle ขึ้นต่ำ 80%</td></tr> </table> 5.4 สภายุโรปและคณะมนตรีจะกำหนดเป้าหมายใหม่ ภายในไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม 2551	สินค้าประเภทที่ 1.2, 1.5, 1.6, 1.7 และ 1.9 Gas Discharge Lamps	จะต้องมีการ reuse/recycle ขึ้นต่ำ 80%
สินค้าประเภทที่ 1.2, 1.5, 1.6, 1.7 และ 1.9 Gas Discharge Lamps	จะต้องมีการ reuse/recycle ขึ้นต่ำ 80%		
6. ภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินสำหรับเศษซาก EEE จากครัวเรือน	6.1 สินค้าใหม่ซึ่งวางจำหน่ายในตลาดตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2548 (1) ภายในไม่เกินกำหนดดังกล่าว ประเทศสมาชิกจะต้องมีระบบบังคับให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในการดำเนินการเกี่ยวกับเศษซาก EEE เฉพาะสำหรับสินค้าของตน เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายตั้งแต่การนำเศษซาก จากจุดรวบรวมไปยังสถานจัดการการจัดการและคืนสภาพ ไปจนถึงการกำจัดเศษซากที่ไม่สามารถนำไปใช้ใหม่หรือรีไซเคิลได้ โดยไม่ให้มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ผู้ผลิตสามารถที่จะเลือกใช้ระบบการรับภาระค่าใช้จ่ายดังกล่าว ซึ่งเป็นระบบของผู้ผลิตเองแต่ละราย หรือระบบร่วมกัน (2) จะต้องมีการ Guarantee ซึ่ง ณ เวลาที่ผู้ผลิตวางจำหน่ายสินค้าของตนในตลาด จะต้องวางเงินประกันเพื่อเป็นการประเมินว่าจะรับผิดชอบภาระค่าใช้จ่ายในการจัดการกับเศษซากของสินค้านั้นๆ ของตน โดยอาจดำเนินการได้ในลักษณะต่างๆ เช่น กำหนดให้ผู้ผลิตเข้าร่วมในโครงการที่จัดตั้งขึ้น หรือใช้ระบบ Recycling Insurance หรือระบบ Blocked bank account (3) ราคาสินค้าที่ปรากฏ ณ เวลาวางจำหน่ายในตลาด จะต้องไม่มีการแยกระบุสำหรับส่วนที่จะใช้เป็นค่าใช้จ่ายในการจัดการดังกล่าว 6.2 Historical Waste (เศษซาก EEE ที่อยู่ในความครอบครองของผู้บริโภคก่อนวันที่ 13 สิงหาคม 2548) (1) ผู้ผลิตทุกรายที่ดำเนินธุรกิจอยู่ ณ เวลาซึ่งค่าใช้จ่ายในการจัดการกับเศษซากดังกล่าวเกิดขึ้น จะต้องร่วมกันรับผิดชอบภาระค่าใช้จ่ายนั้น ตามสัดส่วนตลาดของผู้ผลิตสำหรับแต่ละประเภทของสินค้านั้นๆ (2) อนุญาตให้ผู้ผลิตแยกระบุส่วนที่จะนำไปใช้เป็นค่ากำจัดเศษซากในราคาจำหน่ายของสินค้า เป็นเวลา 8 ปี นับแต่ระเบียบมีผลใช้บังคับ หรือ 10 ปี สำหรับสินค้าประเภทผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ขนาดใหญ่ที่ใช้ในครัวเรือน (ประเภท 1 ใน Annex IA) แต่ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายดังกล่าวจะต้องไม่สูงกว่าค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง		
7. ภาระค่าใช้จ่าย	กำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบเองทั้งหมด โดยจะต้องเริ่มใช้ระบบดังกล่าวอย่าง		

สาระสำคัญ	รายละเอียด
ในการดำเนินการสำหรับเศษซาก EEE ที่ไม่ใช่จากครัวเรือน	ช้า ไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2548 ส่วนในกรณีที่เป็นสินค้าที่อยู่ในตลาดก่อนวันกำหนดดังกล่าว (Historical waste) ประเทศสมาชิกอาจกำหนดให้ผู้ผลิตเป็นผู้รับผิดชอบเองทั้งหมด หรือผู้ใช้สินค้านั้นๆ เป็นผู้รับผิดชอบทั้งหมดหรือบางส่วน
8. การให้ข้อมูลแก่ผู้บริโภคผู้ใช้สินค้าและข้อมูลอื่นๆ	ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดมาตรการเพื่อให้ผู้บริโภคทราบข้อมูลที่จำเป็นต่างๆ อาทิ เช่น ข้อห้ามไม่ให้ทิ้งเศษซาก EEE รวมไปถึงขยะทั่วไป ระบบการรวบรวมเศษซาก ฯลฯ รวมทั้งจะต้องกำหนดให้สินค้าที่อยู่ในข่ายของระเบียบมีการประทับเครื่องหมาย (รูป wheeled-waste bin ใน Annex IV) เพื่อให้ผู้บริโภคทราบว่าต้องนำไปทิ้งยังจุดรวบรวมที่กำหนดเมื่อหมดอายุการใช้แล้ว นอกจากนี้จะต้องมีเครื่องหมายระบุว่า เป็นสินค้าที่วางจำหน่ายหลังวันที่ 13 สิงหาคม 2549 เพื่อประโยชน์ในการแยกแยะเศษซากที่เป็น Historical Waste
9. บทลงโทษ	ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดบทลงโทษในกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในกรณีที่ผู้ผลิตไม่ปฏิบัติตามระเบียบ
10. การออกกฎระเบียบของประเทศสมาชิก	10.1 ประเทศสมาชิกจะต้องออกกฎหมายของประเทศตนตามแนวทางของระเบียบอย่างช้า ไม่เกินวันที่ 13 สิงหาคม 2547 รวมทั้งข้อกำหนดต่างๆ จะต้องมิผลใช้บังคับตามกำหนดที่ระบุในระเบียบ 10.2 สำหรับกรีซและไอร์แลนด์ ได้รับการผ่อนผันกำหนดการ ซึ่งจะต้องบรรลุเป้าหมายการรวบรวมเศษซาก EEE และเป้าหมาย Recovery โดยสามารถขยายวันกำหนดออกไปสูงสุดไม่เกิน 24 เดือน นับจากกำหนดที่ระบุในระเบียบ

ที่มา: สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546) “สาระสำคัญของกฎระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” ละครจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” อ้างใน สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ. ธันวาคม [http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/\\$\\$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571](http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/$$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571)

2) สาระสำคัญของระเบียบ RoHS

ระเบียบว่าด้วยการจำกัดการใช้สารที่เป็นอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (Restriction of the use of certain Hazardous Substances in electrical and electronic equipment) หรือที่เรียกโดยย่อว่า “ระเบียบ RoHS” หรือ เป็นระเบียบที่กลุ่มประเทศสหภาพยุโรปได้ประกาศใช้เพื่อลดปริมาณสารอันตรายในของเสีย โดยสหภาพยุโรปเชื่อว่า แม้จะมีการออกระเบียบให้ผู้ผลิตต้องรับผิดชอบต่อในการเรียกคืนซากสินค้าที่หมดอายุ (WEEE) ไปจัดการแล้ว จะยังคงมีเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์อีกจำนวนหนึ่งในเส้นทางการทิ้งขยะปกติ และแม้ว่าเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จะถูกแยกเก็บรวบรวมและถูกส่งเข้าสู่กระบวนการรีไซเคิลได้

ก็ตาม สารปรอท แคดเมียม ตะกั่ว ฯลฯ ยังคงเป็นปัจจัยเสี่ยงต่อสุขภาพและสิ่งแวดล้อมอยู่ ดังนั้น การจำกัดการใช้สารอันตรายเหล่านี้จะช่วยให้การคืนสภาพและการทิ้งเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมน้อยที่สุด อีกทั้ง ยังช่วยลดผลกระทบต่อสุขภาพของผู้ปฏิบัติงานในโรงงานคัดแยกและรีไซเคิลอีกด้วย

ระเบียบ RoHS มุ่งเน้นการจำกัดการใช้สารที่เป็นพิษต่อสิ่งแวดล้อมที่ต้นเหตุ ครอบคลุมผลิตภัณฑ์เดียวกันกับระเบียบ WEEE ยกเว้นเฉพาะผลิตภัณฑ์ที่อยู่ในกลุ่มเครื่องมือแพทย์และเครื่องมือวัดและควบคุม โดยระเบียบนี้ บังคับให้ผู้ผลิตใช้สารอื่นแทนสารตะกั่ว ปรอท แคดเมียม โครเมียมเฮกซะวาเลนต์ (Cr VI) โพลีโบรมิเนท-ไบฟีนีล (Polybrominated Biphenyls, PBBs) และโพลีโบรมิเนทไดฟีนีล อีเทอร์ (Polybrominated diphenyl ethers (PBDEs) ในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ภายในวันที่ 1 กรกฎาคม 2549 แต่มีข้อยกเว้นสำหรับสารตะกั่ว ปรอท แคดเมียมและโครเมียมเฮกซะวาเลนต์ในผลิตภัณฑ์บางชนิด (ดูตารางที่ 2) ทั้งนี้ ชนิดของสารอันตรายที่ห้ามใช้ รวมถึงรายการข้อยกเว้นที่ได้มีการระบุในระเบียบนี้ อาจมีการเพิ่มหรือลดได้อีกในอนาคต ขึ้นอยู่กับความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีในสาขาที่เกี่ยวข้อง

ตารางที่ 2 สารสำคัญของระเบียบ RoHS

สาระสำคัญ	รายละเอียด
1. ขอบเขตของสารอันตราย	1.1 ประเทศสมาชิกจะต้องออกกฎหมายห้ามใช้สารที่เป็นอันตราย 6 ประเภทซึ่งประกอบด้วยสารโลหะหนัก 4 ประเภท และสาร Brominated flame retardants 2 ประเภท ในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ที่วางจำหน่ายในตลาดหลังจากวันที่ 1 กรกฎาคม 2549 ซึ่งสารอันตรายดังกล่าว คือ (1) ตะกั่ว (2) ปรอท (3) แคดเมียม (4) โครเมียม (hexavalent) (5) Polybrominated biphenyls (PBBs) (6) Polybrominated diphenyl ethers (PBDEs) 1.2 มีข้อยกเว้นให้สามารถใช้สารตะกั่ว ปรอท แคดเมียม และโครเมียม สำหรับบางกรณี โดยอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นระยะ ตามการพัฒนาทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี ข้อยกเว้นดังกล่าวอยู่ในภาคผนวกของระเบียบ ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้ (1) ปรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ขนาดเล็ก ไม่เกิน 5 มิลลิกรัม/หลอด (2) ปรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ชนิดตรง เพื่อใช้งานทั่วไป จะต้องไม่เกิน - 10 ไมโครกรัม สำหรับชนิด halophosphate - 5 ไมโครกรัม สำหรับชนิด triphosphate ที่มีอายุการใช้งานปกติ

สาระสำคัญ	รายละเอียด
	- 8 ไมโครกรัม สำหรับชนิด triphosphate ที่มีอายุการใช้งานนาน (3) พรอทในหลอดฟลูออเรสเซนต์ชนิดตรง เพื่อใช้งานพิเศษ (4) พรอทในหลอดไฟชนิดอื่นๆ นอกเหนือจากที่ระบุในภาคผนวกนี้ (5) ตะกั่วในหลอดภาพโทรทัศน์ (cathode ray tubes) ในส่วนประกอบอิเล็กทรอนิกส์ และในหลอดฟลูออเรสเซนต์ (6) ตะกั่วในโลหะผสม (alloy) -ในเหล็กกล้า มีตะกั่วผสมไม่เกิน 0.35% โดยน้ำหนัก - ในอลูมิเนียม มีตะกั่วผสมไม่เกิน 0.40% โดยน้ำหนัก และ - ในทองแดง มีตะกั่วผสมไม่เกิน 4% โดยน้ำหนัก (7) ตะกั่วในสารบัดกรีชนิดจุดหลอมเหลวสูง ตะกั่วบัดกรีในเครื่องคอมพิวเตอร์แม่ข่าย หน่วยเก็บข้อมูล และชุดเก็บข้อมูล (8) แคดเมียมในการเคลือบผิวเพื่อป้องกันการกัดกร่อนในการใช้งานบางประเภท (9) โครเมียมเฮกซะวาเลนท์ ในการป้องกันการกัดกร่อนเหล็กคาร์บอนในระบบหล่อเย็นใน Absorption Refrigerators
2. มาตรการต่างๆ ในระเบียบ	ก่อนวันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2548 คณะกรรมาธิการฯ จะดำเนินการทบทวนมาตรการต่างๆ ที่ระบุในระเบียบฯ โดยอาศัยหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ในการพิจารณา

ที่มา: สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546), อ้างแล้ว.

ทั้งนี้ ผู้ผลิตสินค้าส่งออกไปยังตลาดสหภาพยุโรป จะมีได้อยู่ในข่ายของผู้ผลิตที่ระบุในระเบียบ ดังนั้น ข้อกำหนดต่างๆ จึงไม่ได้ใช้บังคับโดยตรงต่อผู้ผลิตสินค้าส่งออกของประเทศผู้ส่งออก อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระเบียบกำหนดให้ผู้นำเข้าของกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป มีภาระหน้าที่รับผิดชอบเช่นเดียวกับผู้ผลิตตามที่ระบุในระเบียบ ผู้นำเข้าของสหภาพยุโรปจึงต้องเลือกนำเข้าสินค้าที่สามารถดำเนินการกับเศษซากตามข้อกำหนดของระเบียบ หรืออาจต้องผลักภาระรับผิดชอบด้านค่าใช้จ่ายบางส่วนให้กับผู้ผลิตสินค้าส่งออกเป็นผู้รับผิดชอบ (สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ, 2546)

2.3 ความคืบหน้าของการบังคับใช้ระเบียบ WEEE และ RoHS

ระเบียบ WEEE และ RoHS เป็นระเบียบประเภทคำสั่ง (Directive) ของสหภาพยุโรป ซึ่งกำหนดแนวทางสำหรับกฎเกณฑ์และข้อปฏิบัติที่ประเทศสมาชิก EU จะต้องนำไปใช้ในการร่างและออกกฎหมายในประเทศตน เพื่อเป็นระเบียบปฏิบัติต่อไป ดังนั้น แม้วาระเบียบทั้งสองจะประกาศและมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกแล้ว แต่กฎหมายในแต่ละประเทศสมาชิกจะมีผลใช้บังคับเร็วช้าต่างกัน ด้วยเหตุที่ระเบียบทั้งสองฉบับนี้เป็นคำสั่ง (Directive) มิใช่ข้อบังคับ (Regulation) ประเทศสมาชิกจึงมีความ

ยืดหยุ่นในการแปลความหมายและการกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติที่แตกต่างกันเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ระบุในคำสั่งฯ ขั้นตอนการเรียกเก็บในแต่ละประเทศสมาชิก จึงแตกต่างกันไป

ระเบียบ WEEE มีผลผูกพันประเทศสมาชิกตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2546 โดยแต่ละประเทศสมาชิกต้องนำมาออกเป็นกฎระเบียบภายในรองรับ (transposition) ภายในวันที่ 13 สิงหาคม 2547 และกำหนดให้ตั้งแต่วันที่ 13 สิงหาคม 2548 เป็นต้นไป ผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเก็บสินค้าไปแล้ว เพื่อคืนสภาพให้สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ ยกเว้นประเทศสมาชิกบางประเทศที่ได้รับการผ่อนผัน²⁹ ประเทศสมาชิกส่วนใหญ่ได้ทยอยออกกฎระเบียบหรือแก้ไขกฎระเบียบภายในเพื่อรองรับระเบียบ WEEE และให้มีผลบังคับภายในประเทศให้ทันตามกำหนด (ภายในวันที่ 13 สิงหาคม 2548) เป็นที่น่าสังเกตว่า ในขณะนี้ (6 มิถุนายน 2549) มีเพียงสองประเทศคือ สหราชอาณาจักรและมอลต้า ที่ยังไม่ได้ดำเนินการออกกฎระเบียบภายในรองรับตามกำหนด และบางประเทศ เช่น โปรตุเกส อิตาลี ลิทัวเนีย และลักเซมเบิร์ก แม้ได้มีการออกกฎระเบียบภายในแล้วแต่ก็พบปัญหาในทางปฏิบัติ ทำให้ต้องเลื่อนกำหนดการดำเนินการ แต่คาดว่า น่าจะแล้วเสร็จภายในปี 2549 นี้³⁰

สำหรับระเบียบ RoHS นั้น พบว่า ประเทศสมาชิกทุกประเทศได้ออกกฎระเบียบภายในเพื่อรองรับระเบียบ RoHS ในช่วงปี 2547-2548 และคาดว่าจะสามารถบังคับใช้ทันตามกำหนด คือ วันที่ 1 กรกฎาคม 2549 ทั้งนี้ หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับระเบียบ RoHS ในประเทศสมาชิกได้ประสานความร่วมมือภายใต้การนำของหน่วยงานของสหราชอาณาจักรในเรื่อง RoHS คือ National Weights and Measures Laboratory (NWML) เพื่อจัดทำแนวทางการการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS (RoHS Enforcement Guidance) ซึ่งได้ออกเผยแพร่เมื่อปลายเดือนพฤษภาคม 2549 (ดาวน์โหลดเอกสารได้จาก <http://www.rohs.gov.uk/Docs/Links/>) เอกสารดังกล่าวเป็นการนำเสนอแนวทางการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS ร่วมกันของหน่วยงานในสหภาพยุโรป โดยเน้นที่

- หลักการต่างๆ ที่สามารถนำมาใช้แนะแนวทางการบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS
- ประเภทเอกสารที่ผู้ผลิตควรมี
- วิธีปฏิบัติที่หน่วยงานบังคับใช้กฎระเบียบ RoHS ใช้เอกสารเหล่านี้ในการตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎระเบียบ
- วิธีการเตรียมตัวอย่างและการทดสอบตัวอย่าง

²⁹ ยกเว้นประเทศสมาชิกใหม่บางรายที่ได้รับการผ่อนผันระยะเวลาเป้าหมายอัตราการจัดเก็บเศษเหลือทิ้ง และการคืนสภาพของเศษเหลือทิ้ง กล่าวคือ สำหรับสโลวาเนียให้ขยายออกไป 1 ปี คือ เป็นอย่างช้า ไม่เกิน 31 ธันวาคม 2550 และสาธารณรัฐเชค เอสโตเนีย ฮังการี ลิทัวเนีย และสโลวาเกีย ให้ขยายออกไป 2 ปี คือ เป็นอย่างช้า ไม่เกิน 31 ธันวาคม 2551 (สำนักมาตรการทางการค้า กรมการค้าต่างประเทศ, 11 สิงหาคม 2548, www.thaieei.com/GuruPortal/Guru/pid/866)

³⁰ ดูรายละเอียดความคืบหน้าในการออกกฎระเบียบเพื่อรองรับระเบียบ WEEE และ RoHS ได้ที่ <http://www.tdctrade.com/alert/euweeenew.htm>

2.4 ความสัมพันธ์ระหว่างระเบียบ WEEE และ RoHS กับหลักการขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization)

ในการออกระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป ได้มีการนำหลัก “การขยายความรับผิดชอบของผู้ผลิต” (Extended Producer Responsibility) และหลักป้องกันล่วงหน้า (Precautionary Principle) ซึ่งเป็นหลักที่สำคัญประการหนึ่งที่น่ามาใช้เพื่อคุ้มครองสุขภาพมนุษย์และสิ่งแวดล้อม เมื่อต้องเผชิญกับความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับสาเหตุและผลของความเสียหายที่เกิดขึ้น

แต่เดิมหลัก Precautionary Principle มิได้ปรากฏอยู่ในความตกลงแกตต์ (General Agreement on Tariff and Trade: GATT) ซึ่งยึดหลักที่ว่า ประเทศภาคีที่จะใช้มาตรการใดๆ เพื่อกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์นำเข้าหรือเพื่อห้ามการนำเข้า จะต้อง มี “หลักฐานทางวิทยาศาสตร์” (scientific justification) มาสนับสนุนเพื่อประกอบการใช้ ที่ผ่านมา เมื่อมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับมาตรการสุขอนามัย (Sanitary Measures) เพื่อคุ้มครองชีวิตหรือสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สัตว์ หรือพืช ประเทศภาคีแกตต์ในขณะนั้น มักจะอ้างมาตรา 20 (b) แต่ก่อนข้างจะประสบปัญหาในการบังคับใช้ อันเนื่องมาจากการตีความบทบัญญัตินี้

เมื่อได้มีการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ขึ้นแทนที่แกตต์ ได้มีความพยายามที่จะแก้ปัญหาการตีความมาตรา 20 (b) ด้วยการจัดทำความตกลงสองฉบับ คือ ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางเทคนิคต่อการค้า (Agreement on Technical Barriers to Trade: TBT) และความตกลงว่าด้วยมาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures: SPS) ซึ่งกำหนดแนวปฏิบัติและเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้กฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานของประเทศสมาชิก เพื่อมิให้การออกและบังคับใช้กฎระเบียบดังกล่าวก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ประเทศสมาชิกจึงต้องระมัดระวังในการออกและบังคับใช้กฎระเบียบทางเทคนิคและมาตรฐานภายในประเทศไม่ให้ขัดหรือเป็นอุปสรรคต่อการค้าระหว่างประเทศ

เมื่อมีการบัญญัติความตกลงทั้งสองดังกล่าว ประเทศต่างๆ ได้ยอมรับนำหลัก Precautionary Principle มาใช้ภายใต้ความตกลง SPS และความตกลง TBT ในระดับหนึ่ง เนื่องจากความตกลงทั้งสองนี้ โดยเฉพาะความตกลง TBT ได้ยอมรับให้ประเทศสมาชิกใช้มาตรการใดๆ ในการนำเข้าได้ หากเหตุผลในการใช้เป็นไปเพื่อคุ้มครองสุขอนามัยหรือความปลอดภัยของมนุษย์ สัตว์ และพืช ภายใต้เงื่อนไขบางประการ ประเทศต่างๆ โดยเฉพาะสหภาพยุโรปได้พยายามผลักดันให้มีการยอมรับหลักการนี้ในทางการค้าระหว่างประเทศมากขึ้นโดยอ้างเหตุผลในการคุ้มครองสุขภาพและสุขภาพอนามัยของมนุษย์ สัตว์ และพืช แต่ขณะเดียวกัน ในหลายกรณี ก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า เป็นการปกป้องผลประโยชน์ด้านการค้าของแต่ละประเทศมากกว่า

เมื่อปีพ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นช่วงแรกที่ได้มีการยกร่างระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป สมาคมผู้ผลิตอิเล็กทรอนิกส์อเมริกัน (American Electronic Association: AEA) ได้ยื่น Memorandum ชื่อ “Legality under International Trade Law of Draft Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment” (Hunter and Lopez, 1999) ต่อคณะกรรมาธิการยุโรป (European Commission) ซึ่งมีเนื้อหาแสดงความคิดเห็นของ AEA ต่อร่างระเบียบ WEEE ว่า ข้อกำหนดในร่าง

ระเบียบ WEEE ของคณะกรรมการการยุโรปขัดกับกฎเกณฑ์การค้าระหว่างประเทศขององค์การการค้าโลก ในเวลาต่อมา กลุ่มองค์กรพัฒนาเอกชนด้านสิ่งแวดล้อมในสหรัฐอเมริกา ที่ชื่อ กลุ่มรณรงค์การผลิตคอมพิวเตอร์ที่สะอาด (Clean Computer Campaign: CCC) ภายใต้เครือข่ายด้านสารพิษในซิลิคอนแวลลีย์ (Silicon Valley Toxics Coalition: SVTC) ได้ออกบทความวิเคราะห์และโต้แย้งข้อกล่าวหาของ AEA (Clean Computer Campaign, 1999) ผู้วิจัยนำเสนอวิวาทะของสองกลุ่มนี้เฉพาะประเด็นข้อห้ามการใช้สารอันตราย (substance bans) (ระเบียบ RoHS ในปัจจุบัน) ซึ่งคาดว่าจะส่งผลกระทบต่อการค้าระหว่างประเทศมากที่สุด (Vossenaar et al., 2006)

AEA เห็นว่า ขัดกับมาตรา 11 (Article XI) ของ GATT ที่ห้ามการจำกัดการค้าในเชิงปริมาณ และข้อห้ามนี้ไม่สามารถอ้าง การเป็นข้อยกเว้นในมาตรา 20 (Article XX) ได้ อีกทั้ง ข้อห้ามการใช้สารอันตรายนี้ยังขัดกับมาตรา 2.2 ในระเบียบ TBT

1) มาตรา 11 ของ GATT ซึ่งห้ามการจำกัดการค้าในเชิงปริมาณ

AEA อ้างว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายในร่างระเบียบ WEEE ก็คือ “ข้อห้ามการนำเข้าผลิตภัณฑ์เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่มีสารอันตรายเหล่านี้โดยสิ้นเชิงมายังสหภาพยุโรป” ดังนั้น ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจึงเป็นข้อจำกัดทางการค้าในเชิงปริมาณ ซึ่งขัดกับมาตรา 11 ของ GATT

กลุ่ม CCC เห็นว่า แม้จะมีความชัดเจนที่ว่า มาตรการที่เป็นข้อจำกัดทางการค้า เช่น การใช้โควตา โบนัสนำเข้า และข้อห้ามการค้าที่เป็นมาตรการฝ่ายเดียว ขัดกับมาตรา 11 แต่เป็นที่รับรู้กันทั่วไปว่า ประเทศสมาชิกเกดต์ยังไม่สามารถตกลงกันได้ว่ามาตรา 11 ควรจะครอบคลุมอะไรบ้าง ขอบเขตของมาตรา 11 จึงยังคงเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอยู่ ดังนั้น ในกรณีของ ข้อห้ามการใช้สารอันตรายในการผลิตสินค้านั้น กลุ่ม CCC มองว่า เป็นข้อห้ามภายใน (internal bans) ของสหภาพยุโรป และที่ผ่านมา ข้อห้ามในลักษณะเช่นนี้ได้รับการยอมรับว่าสอดคล้องกับ GATT ดังจะเห็นได้จากกรณีประเทศไทยที่ออกข้อจำกัดการนำเข้าบุหรี่ยี่และการเก็บภาษีภายใน คณะผู้พิจารณาข้อพิพาท (Dispute Panel) ให้ความเห็นว่า “กฎเกณฑ์ที่ไม่เลือกปฏิบัติที่ออกมาเป็นข้อปฏิบัติของประเทศและข้อห้ามการใช้สารเคมีที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพนั้น สอดคล้องกับข้อตกลงทั่วไปของเกดต์” นอกจากนี้ ยังพบข้อคิดเห็นในลักษณะเดียวกันในกรณีพิพาทเรื่องแร่ใยหิน (Asbestos) ระหว่างแคนาดา กับสหภาพยุโรป ที่มีต่อข้อห้ามการนำเข้าแร่ใยหิน และผลิตภัณฑ์ที่มีแร่ใยหิน

2) ข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 20

AEA อ้างว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายไม่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นของเกดต์ภายใต้มาตรา 20 (b) ได้ โดย AEA ให้เหตุผลว่า นโยบายที่กำหนดมาตรการเหล่านี้ไม่ได้คุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช เพราะร่างระเบียบนี้ไม่ได้แสดงหลักฐานว่า การใช้สารอันตรายในสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เป็นภัยคุกคามต่อสุขภาพอนามัยของมนุษย์และสิ่งแวดล้อม หรือมีทางเลือกอื่นที่สามารถขจัดความเสี่ยงนี้ได้ และแม้ว่าจะมีผู้ที่เห็นว่าการใช้สารอันตรายเหล่านี้กำลังสร้างความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อม แต่ไม่มีหลักฐานที่จะแสดงว่า การใช้สารอันตรายเหล่านี้ในอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์จะเป็นการเพิ่มความเสี่ยงนี้มากกว่าสินค้าประเภทอื่นๆ

อย่างไรก็ดี CCC เห็นว่า การที่ AEA ตีความเงื่อนไขแรกของมาตรา 20 ว่า “นโยบายที่สามารถเป็นข้อยกเว้นภายใต้มาตรา 20” ได้นั้น จะต้องประสบความสำเร็จในการคุ้มครองสุขภาพอนามัยของ

มนุษย์หรือสิ่งแวดล้อม” นั้น ผิดไปจากความจริง การตีความนี้แตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับการตีความของ คณะผู้พิจารณาข้อพิพาทในกรณีข้อพิพาทเรื่องน้ำมันที่ให้ความเห็นว่า “มาตราที่ถือได้ว่าเป็นข้อยกเว้น ตามมาตรา 20 นั้น ประเทศที่ร้องขอการใช้ข้อยกเว้นนี้จะต้องแสดงให้เห็นว่า นโยบายที่เป็นตัวกำหนด มาตรการเหล่านี้อยู่ภายในกรอบนโยบายที่ถูกออกแบบมาเพื่อคุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช” จะเห็นว่าการตีความของคณะผู้พิจารณาข้อพิพาทไม่ได้ระบุว่า นโยบายดังกล่าวจะต้องเป็นนโยบายที่ประสบความสำเร็จ หรือจะต้องแสดงหลักฐานผลการศึกษาระเบียบความเสี่ยงที่เชื่อถือได้ CCC เห็นว่า การห้ามการใช้สารอันตรายเป็นนโยบายที่ได้มีการเตรียมการอย่างดี เพื่อที่จะคุ้มครองมนุษย์ สัตว์ หรือพืช นอกจากนี้ จุดมุ่งหมายของร่างระเบียบ WEEE ที่ได้แถลงไว้ คือ “การลดความเสี่ยงและผลกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการจัดการและกำจัดซากอุปกรณ์เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ให้น้อยที่สุด” ความเสี่ยงและผลกระทบดังกล่าวได้รวมถึงความเสี่ยงต่อมนุษย์ สัตว์ และพืช ดังนั้น ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจึงสอดคล้องกับข้อกำหนดแรกของมาตรการ 20 (b)

นอกจากนี้ AEA ยังเห็นว่า ข้อห้ามการใช้สารอันตรายไม่สามารถนำมาเป็นข้อยกเว้นของแกดเจ็ต ภายใต้มาตรา 20 (b) ได้ เพราะว่า ข้อห้ามนี้ไม่ได้มี “ความจำเป็น” ต่อการบรรลุวัตถุประสงค์ของ นโยบาย AEA อธิบายว่า “ข้อทดสอบความจำเป็น” ในมาตรา 20 (b) ได้รับการตีความโดยคณะผู้ระงับข้อพิพาท ว่า มาตรการจะมี “ความจำเป็น” ก็ต่อเมื่อไม่มีมาตรการทางเลือกอื่นใดที่คาดว่าจะช่วยให้บรรลุ วัตถุประสงค์เดียวกันโดยมีผลเป็นการจำกัดทางการค้าน้อยกว่า

AEA ยกตัวอย่างมาตรการทางเลือกอื่น ได้แก่ ข้อห้ามการก่อสร้างสถานที่ฝังกลบ กฎระเบียบ การจัดการขยะและการบังคับใช้ การรีไซเคิลและการเก็บภาชนะสิ่งแวดล้อม ที่สามารถนำมาใช้เพื่อบรรลุ วัตถุประสงค์ของสหภาพยุโรปและมีข้อจำกัดทางการค้าน้อยกว่า แต่ CCC เห็นว่า มาตรการเหล่านี้ อาจจะช่วยลดความเสี่ยงจากสารอันตรายในระหว่างและการจัดการและกำจัดขยะได้ในระดับหนึ่ง แต่ คงไม่สามารถบรรลุถึงระดับการคุ้มครองอย่างที่ข้อห้ามการใช้สารอันตรายจะทำได้ เช่น การเลิกใช้สารอันตรายจะช่วยลดความเสี่ยงของคนงานในโรงงานรีไซเคิลในการสัมผัสสารพิษเหล่านี้

สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (2548) ได้วิเคราะห์ระเบียบ WEEE และ RoHS และพบว่า สหภาพยุโรปมีสิทธิในการบังคับใช้ระเบียบทั้งสองดังกล่าว โดยไม่ขัดกับระเบียบ TBT เนื่องจาก

- 1) ระเบียบ WEEE และ RoHS นี้ไม่ได้ใช้อย่างเลือกปฏิบัติ ตามอำเภอใจ หรือปราศจากเหตุผล ที่อธิบายได้ต่อประเทศที่มีลักษณะเงื่อนไขเหมือนกัน เพราะสหภาพยุโรปใช้กับผลิตภัณฑ์ ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่มาจากทุกประเทศ และยังใช้กับผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและ อิเล็กทรอนิกส์ที่ผลิตในสหภาพยุโรปด้วย
- 2) ระเบียบทั้งสองนี้ไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคอันไม่จำเป็นต่อการค้าระหว่างประเทศ เพราะประเทศ ผู้ส่งออกยังคงมีสิทธิที่จะส่งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ไปยังสหภาพยุโรปต่อไป เพียงแต่ต้องมีการจัดระบบการจัดการซากเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและ อิเล็กทรอนิกส์ ตามที่สหภาพยุโรปกำหนด³¹

³¹ ผู้ส่งออกมีทางเลือกสามทาง คือ 1) จัดตั้งระบบนี้ขึ้นในประเทศตนเอง (ผู้ผลิตจะต้องประสบปัญหาในการขนส่งซากเศษ เหลือทิ้ง กลับมายังประเทศผู้ส่งออก เนื่องจากมีต้นทุนสูงมาก) 2) จัดตั้งระบบนี้ขึ้นเองในประเทศผู้นำเข้า (ยังคงมีต้นทุนที่สูง

แม้ว่าระเบียบ WEEE และ RoHS จะมีได้ขัดต่อหลักการและกฎเกณฑ์ของ WTO ดังที่ได้มีผู้วิเคราะห์ข้างต้น แต่สิ่งที่หลายฝ่ายเห็นตรงกัน คือ การกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์เพื่อเป้าหมายด้านสิ่งแวดล้อมในตลาดใหญ่ (เช่น สหภาพยุโรป) ได้ส่งผลกระทบอย่างมากต่อกระบวนการและวิธีการผลิตในประเทศอื่นๆ โดยเฉพาะประเทศกำลังพัฒนา (Environmental Data Services, 2003; Vossenaar et al., 2006) ในมุมมองของประเทศกำลังพัฒนา ข้อกำหนดในระเบียบทั้งสองได้ส่งผลกระทบต่อต้นทุนที่เพิ่มขึ้นของผู้ผลิต เพราะผู้นำเข้าคงผลกระทบต้นทุนนี้ให้แก่ผู้ผลิต ผู้ผลิตขนาดเล็กที่เป็นเพียงผู้ส่งออกมิใช่ผู้ร่วมค้า (trading partner) กับผู้นำเข้า คงต้องประสบปัญหามากกว่าผู้ผลิตรายอื่น เนื่องจากผลิตภัณฑ์ที่ส่งไปมีปริมาณน้อย ไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ให้บริการในประเทศผู้นำเข้า ต่างจากผู้ผลิตที่เป็นผู้ร่วมค้ากับผู้นำเข้า ซึ่งผู้นำเข้าคงสามารถดำเนินการในเรื่องนี้ให้ได้

รัฐบาลอินเดียได้เตือนประเทศสมาชิกในที่ประชุม CTE ว่า นโยบายด้านสิ่งแวดล้อมและข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อมสามารถส่งผลกระทบต่อการเข้าถึงตลาดของประเทศกำลังพัฒนาอย่างมีนัยยะสำคัญ และตั้งข้อสังเกตว่า “ข้อกำหนดด้านสิ่งแวดล้อมได้ถูกนำมาใช้มากที่สุดในการส่งออกที่ประเทศกำลังพัฒนาให้ความสนใจและมีความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ” (Environmental Data Services, 2003)

2.5 ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS

2.5.1 ผลกระทบในทางบวก

แม้ว่าระเบียบ WEEE และ RoHS จะส่งผลกระทบที่ชัดเจนต่อผู้ผลิตในเรื่องต้นทุนการผลิตตลอดจนภาระการจัดการซากเหลือทิ้งที่เพิ่มขึ้น แต่หากผู้ผลิตสามารถปรับปรุง พัฒนาผลิตภัณฑ์ให้เป็นไปตามความต้องการของสหภาพยุโรปได้ โดยสามารถควบคุมต้นทุนและประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์ได้ ก็จะทำให้เทคโนโลยีการผลิตผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ไร้สารอันตราย ซึ่งในอดีตพัฒนาได้ช้ามากนั้น กลายเป็นเทคโนโลยีที่พร้อมใช้ในปัจจุบันและอาจเป็นเทคโนโลยีหลักได้ในอนาคตอันใกล้ ซึ่งจะส่งผลดีต่อสิ่งแวดล้อม ในแง่การปนเปื้อนของสารอันตรายต่อสิ่งแวดล้อมลดลง และช่วยลดความเสี่ยงที่ผู้ประกอบการจะได้รับสารพิษจากการคัดแยกและรีไซเคิลเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

2.5.2 ผลกระทบในทางลบ

ระเบียบ WEEE และ RoHS อาจส่งผลกระทบในทางลบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และต่อการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

ซึ่งผู้ส่งออกที่จะดำเนินการเช่นนี้ได้ คือผู้ผลิตรายใหญ่ เนื่องจากมีต้นทุนสูงในการตั้งศูนย์จัดการ และจ้างเจ้าหน้าที่ 3) ใช้บริการผู้ให้บริการจัดการเศษซากเหลือทิ้งๆ ในประเทศผู้นำเข้า (ผู้ผลิตไม่ต้องรับภาระในเรื่องสถานที่ บุคลากร แต่ก็ยังคงมีค่าใช้จ่ายจำนวนหนึ่ง)

1) ผลกระทบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

ผลกระทบต่ออุตสาหกรรมส่งออกผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ พิจารณาได้ในสองด้าน คือ

1) ผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุน และ 2) ผลกระทบต่อเทคโนโลยีและต้นทุนการผลิต

▪ ผลกระทบต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุน

ผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่อความสามารถในการประกอบการของผู้ผลิตและการลงทุนจะแตกต่างกันไปตาม 1) ประเภทของผลิตภัณฑ์ 2) ขนาดของผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) หรือผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (Small and Medium Enterprises, SMEs) และ 3) ลักษณะการร่วมลงทุนว่าเป็นบริษัทไทย บริษัทร่วมทุนกับต่างชาติ หรือบริษัทต่างชาติ

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) ส่วนมากเป็นบริษัทข้ามชาติหรือจากต่างประเทศ จะเป็นเจ้าของ brand หรือผลิตภัณฑ์สำเร็จรูป ในขณะที่ผู้ประกอบการไทยส่วนใหญ่เป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อยและบริษัท supplier ซึ่งจำหน่ายและ/หรือผลิตชิ้นส่วนให้กับ Maker

ผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายใหญ่

จากการสำรวจการเตรียมความพร้อมของผู้ประกอบการรายใหญ่ เช่น เครื่องปรับอากาศ คอมพิวเตอร์ โดยสถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) พบว่า

1. ผู้ประกอบการรายใหญ่ (Maker) ซึ่งเป็นผู้ผลิตในกลุ่มภายใต้เครื่องหมายจากต่างประเทศ จะได้รับข้อมูลและข่าวสารและทราบเกี่ยวกับระเบียบ WEEE และ RoHS อยู่พอสมควร รวมทั้งมีความเป็นไปได้ที่จะได้รับความช่วยเหลือทางเทคโนโลยีและข้อมูลจากบริษัทแม่หรือบริษัทร่วมทุนในต่างประเทศ เพื่อที่จะดำเนินการในการจัดการสินค้าให้ถูกต้องตามระเบียบได้ทันตามที่กำหนด นอกจากนี้ ในปัจจุบัน ผู้ผลิตกลุ่มนี้อยู่ในระหว่างดำเนินการและยังมีความเชื่อมั่นว่าจะมียอดจำหน่ายที่ไม่ลดลง แต่อาจจะเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากสามารถปรับตัวได้เร็วกว่าผู้ผลิตรายอื่น ปัญหาของกลุ่มผู้ผลิตเหล่านี้ที่คาดว่าจะประสบ ได้แก่ ต้นทุนการดำเนินการที่สูงขึ้น ข้อมูลวัสดุทดแทนและการจัดหาวัตถุดิบ

2. ถึงแม้จะมีบางบริษัทที่อ้างว่าได้มีการปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้ได้ตามระเบียบ RoHS แล้ว ผลิตภัณฑ์ใหม่ที่ได้ยังไม่มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับผลิตภัณฑ์เก่า อีกทั้ง การที่จะถ่ายทอดเทคโนโลยีมายัง Maker ในประเทศไทย ก็ต้องใช้เวลา 2-3 ปี (สำหรับผลิตภัณฑ์ที่ไม่ซับซ้อนมากนัก) เพราะบริษัทผู้ผลิตชิ้นส่วน/จำหน่ายวัตถุดิบรายย่อยซึ่งอยู่ในห่วงโซ่อุปทาน ยังไม่พร้อม โดยเฉพาะแนวโน้มของอุตสาหกรรมเซมิคอนดักเตอร์ที่นิยมการผลิตแบบ Turnkey กล่าวคือ Maker จะแจ้งลักษณะและคุณสมบัติของชิ้นส่วนหรือวัตถุดิบให้แก่ Supplier ซึ่งจะเป็นผู้ไปหาสินค้าตามที่สั่งและเสนอราคากลับไปโดย Maker ไม่ได้แนะนำหรือเกี่ยวข้องกับการหาสินค้าหรือปรับปรุงการผลิตของ supplier

3. Maker ในไทยนั้น มีข้อจำกัดด้านการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์หรือการปรับปรุงกระบวนการผลิตสินค้า เนื่องจากไม่มีหน่วยงานวิจัยและพัฒนาของตนเอง เพราะหน้าที่ในการวิจัยและพัฒนาเป็นหน้าที่และนโยบายของบริษัทแม่ในต่างประเทศที่จะเป็นผู้ดำเนินการ Maker ในไทยส่วนใหญ่มีหน้าที่

ผลิตและส่งออกสินค้าตามคำสั่งของบริษัทแม่เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถดำเนินการหรือเปลี่ยนแปลงผลิตภัณฑ์เองได้ ต้องรอนโยบายจากบริษัทแม่เท่านั้น

4. ผู้ประกอบการรายใหญ่ของไทยเสียเปรียบ Maker ในไทยที่เป็นของต่างชาติ เพราะต้องใช้เวลาในการปรับปรุงผลิตภัณฑ์และกระบวนการผลิต อีกทั้ง สายป่านเงินลงทุนไม่มากเท่ากับ Maker จึงเป็นข้อจำกัดอีกประการหนึ่งที่ทำให้ระยะเวลาในการปรับตัวจำกัด แต่ถ้าหากปรับตัวไม่ได้ ก็ต้องย้ายฐานการตลาดไปส่งออกภูมิภาคอื่นเช่นกัน ซึ่งก็จะประสบปัญหาเดียวกับ Maker คือ มีอัตราการแข่งขันสูง อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผลิตและส่งออกของไทย หรือผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อยของไทยนั้น กลับได้เปรียบผู้ประกอบการรายใหญ่ที่เป็น Maker ของบริษัทต่างชาติ ตรงที่มีความคล่องตัวในการตัดสินใจปรับเปลี่ยนผลิตภัณฑ์มากกว่า เพราะสามารถตัดสินใจออกแบบและพัฒนาผลิตภัณฑ์เองได้

5. สำหรับ Maker ที่มีญี่ปุ่นร่วมทุนหรือเป็นของบริษัทญี่ปุ่นที่มาลงทุน ได้มีการดำเนินการตาม Japan Household Recycling Law ที่ห้ามใช้สารเคมีอันตราย 30 รายการ ซึ่งครอบคลุมสารเคมีต้องห้ามในระเบียบ RoHS แล้ว

ผลกระทบต่อผู้ประกอบการรายย่อย

ก่อนที่จะมีการบังคับใช้ระเบียบ WEEE และ RoHS สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) ได้ทำการศึกษาผลกระทบต่อผู้ประกอบการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก (SMEs) ซึ่งเป็นผู้ผลิตชิ้นส่วนรายย่อย และบริษัทที่เป็น supplier ซึ่งเป็นผู้ผลิตและจำหน่ายชิ้นส่วนให้กับ Maker อีกทอดหนึ่งนั้น จะประสบความยากลำบากในการหาเทคโนโลยีเพื่อปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้สอดคล้องกับระเบียบ WEEE และ RoHS เนื่องจาก 1) ขาดความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระเบียบ RoHS ทำให้การตื่นตัวต่อระเบียบดังกล่าวน้อย 2) ขาดบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในการวิจัยและพัฒนาผลิตภัณฑ์ภายในองค์กร และ 3) ขาดความช่วยเหลือด้านงบประมาณและด้านเทคโนโลยีที่จะใช้ในการพัฒนาและปรับเปลี่ยนเทคโนโลยี เพื่อปรับปรุงผลิตภัณฑ์ให้สอดคล้องกับระเบียบทั้งสอง

สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) คาดการณ์ว่า หากผู้ประกอบการรายย่อยเหล่านี้ปรับตัวหรือหาเทคโนโลยีเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้ จะทำให้ Maker หรือบริษัทผู้ผลิตรายใหญ่ทั้งในและนอกประเทศหันไปหาคู่แข่งรายอื่นที่สามารถปรับตัวได้ทันเวลา และถ้าระยะเวลาเนิ่นนานออกไปยังไม่สามารถปรับตัวได้อีก อาจมีผลให้ต้องปิดกิจการในที่สุด คาดว่าครึ่งหนึ่งของ SMEs ไทยจะต้องได้รับผลกระทบอย่างมากและอาจถึงขั้นปิดกิจการได้

จากการสัมภาษณ์ผู้อำนวยการฝ่ายสารสนเทศและวิชาการ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์³² ถึงผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่อ SMEs ที่เกิดขึ้นแล้วในปัจจุบัน พบว่า

1. ผลกระทบต่อ SMEs ไทยเกิดในกลุ่มผู้ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้ามากกว่ากลุ่มผู้ผลิตผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการร่วมลงทุนกับต่างชาติหรือเป็นการลงทุนของต่างชาติทั้งหมด

³² สัมภาษณ์ดร. จิรพัฒน์ โพธิ์พวง ผู้อำนวยการฝ่ายสารสนเทศและวิชาการ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 15 มิถุนายน 2549

2. SMEs ที่อยู่ในข่ายการผลิตของผู้ประกอบการรายใหญ่ หรือบริษัท suppliers ไม่ได้ได้รับผลกระทบมาก เพราะส่วนใหญ่ได้รับการถ่ายทอดข้อมูลจาก Maker
3. SMEs ที่ไม่ได้อยู่ในข่ายการผลิตของ Maker หรือเป็นผู้ส่งออกโดยตรง จะได้รับผลกระทบมากที่สุด จากข้อมูลในปีพ.ศ. 2548 มีผู้ประกอบการขนาดกลางและเล็กในกลุ่มนี้ ประมาณ 200 ราย ซึ่งมีมูลค่าการส่งออกประมาณ 20,000 ล้านบาทต่อปี อย่างไรก็ตาม ผลกระทบต่อกลุ่ม SMEs นี้อาจไม่ร้ายแรงถึงขั้นที่จะส่งผลให้ SMEs ไทยกว่าครึ่งต้องปิดกิจการลง เนื่องจากภาครัฐให้ความสำคัญกับการพัฒนา SMEs ให้พร้อมผลิตและส่งออกปาสหภาพยุโรปได้³³
4. เมื่อเทียบกับผู้ผลิตที่เป็น ผู้รับจ้างผลิต (Original Equipment Manufacturer: OEM) SMEs ไทยที่เป็นผู้ผลิตและขายเองจะมีต้นทุนในการผลิตสูง เนื่องจากราคาราคาวัตถุดิบสูงขึ้นและต้องซื้อในราคาต่อหน่วยแพงกว่าเนื่องจากจำนวนสั่งซื้อน้อย

▪ ผลกระทบต่อเทคโนโลยีและต้นทุนการผลิต

ผลกระทบที่สำคัญที่สุดต่อผู้ผลิตไทย คือ การเพิ่มขึ้นของต้นทุนการผลิตอันเนื่องมาจากต้องมีการปรับปรุงเทคโนโลยีและกระบวนการผลิตสินค้าให้ได้ผลิตภัณฑ์ตามที่กำหนดในระเบียบ ทั้งนี้ ผลกระทบต่อต้นทุนการผลิตที่เกิดจากระเบียบ RoHS ในด้านการปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีและกระบวนการผลิต จะเห็นได้ชัดเจนมากกว่าผลกระทบจากระเบียบ WEEE เพราะต้องหาสารทดแทนที่ทำให้ประสิทธิภาพของผลิตภัณฑ์คงเดิมหรือดีขึ้น (สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2546)

ผลกระทบที่เกิดจากระเบียบ RoHS

1. ปัญหาเริ่มจากการที่ผู้ผลิตไม่ทราบว่าผลิตภัณฑ์ของบริษัทนั้นมีสารต้องห้ามอยู่หรือไม่ แต่วัสดุหลักที่คาดว่าจะมีปัญหา ได้แก่ พลาสติกที่ผลิตเป็นโครงสร้างต่างๆ หรือแผงวงจรที่มักจะมีการใช้สารป้องกันกรดไฟในกลุ่มของโบรมีนอยู่ นอกจากนี้ จะเป็นสารตะกั่วที่พบได้ในแผงวงจรควบคุมต่างๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นส่วนประกอบสำคัญของเครื่องปรับอากาศ ในการแก้ปัญหาเหล่านี้ บริษัทจะต้องเริ่มจากการตรวจสอบว่าผลิตภัณฑ์ของตนเองมีสารต้องห้ามอยู่หรือไม่ หลังจากนั้น จึงดำเนินการจัดหาข้อมูลและผู้จำหน่ายเพื่อหาวัสดุทดแทน ซึ่งต้องคำนึงถึงต้นทุนที่เพิ่มขึ้น
2. ต้องมีการเตรียมความพร้อมด้านบุคลากรและเครื่องมือที่ใช้ในการทดสอบ ทั้งในองค์กรของผู้ประกอบการ และหน่วยงานที่ทำการทดสอบ เช่น สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC)
3. ค่าทดสอบสารมีราคาสูง อีกทั้ง การเตรียมตัวอย่างเพื่อนำมาทำการทดสอบเป็นสิ่งที่ยุ่งยาก ใช้เวลาค่อนข้างมาก เพราะแต่ละชิ้นส่วนมีขั้นตอนในการเตรียมตัวอย่างและวิธีการทดสอบที่ต่างกัน

³³ เรื่องความช่วยเหลือจากภาครัฐ ทางภาคเอกชนต้องการการสนับสนุนทั้งทางที่เป็นตัวเงินและด้านเทคโนโลยี แต่ต้องการในรูปแบบของการให้เปล่ามากกว่า ซึ่งภาครัฐตอบสนองได้ยาก ภาครัฐอาจตั้งกองทุนเพื่อให้เอกชนกู้ ซึ่งเอกชนอาจนำไป (สัมภาษณ์ ดร. จิรพัฒน์, อ้างแล้ว)

เนื่องจากอุปกรณ์ไฟฟ้ามีชิ้นส่วนจำนวนมากและต้องมีการทดสอบทุกชิ้น ผู้ผลิตจึงใช้วิธีขอใบรับรองของชิ้นส่วนแต่ละตัว ชิ้นส่วนใดที่ไม่ได้ใบรับรองก็จะนำมาทดสอบ

4. สิ่งที่คุณผลิตแล้ว คือ ถ้าทางสหภาพยุโรปมีการสุ่มตรวจแล้วเจอสารอันตรายในสินค้า จะถูกเอาของออกจากตลาด และต้องเสียค่าขนส่งเพิ่มขึ้น รวมทั้งค่าปรับด้วย³⁴

5. แม้ในปัจจุบัน จะมีสารทดแทนสารต้องห้าม เช่น เงินหรือดีบุกทดแทนสารตะกั่ว แต่ก็ยังไม่สามารถหาสูตรที่ทำให้ผลิตภัณฑ์ใหม่มีประสิทธิภาพการทำงานได้เท่าเทียมกับผลิตภัณฑ์เดิม และสารทดแทนก็มีราคาสูงกว่าสารที่ใช้อยู่เดิม จากการสัมภาษณ์ผู้ผลิตเครื่องปรับอากาศ เครื่องรับโทรทัศน์ เครื่องรับวิทยุ เครื่องเล่นแผ่นเสียง คอมพิวเตอร์ ซึ่งต้องหาสารทดแทนสารตะกั่วในการบัดกรีเพื่อเชื่อมลายวงจรไฟฟ้ากับขาของวงจรอิเล็กทรอนิกส์ (สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย, 2546) พบว่า สารทดแทนสารตะกั่ว เช่น เงิน ทองแดง ดีบุก มีราคาสูงกว่าสารเดิม และบางส่วนต้องนำเข้าจากต่างประเทศ ทำให้ต้นทุนวัตถุดิบสูงขึ้น และจะสูงขึ้นเรื่อยๆ เนื่องจากมีความต้องการในตลาดสูงขึ้น

6. สารทดแทนเหล่านี้จะต้องใช้อุณหภูมิที่สูงกว่าปกติ เพราะมีคุณสมบัติในการละลายที่อุณหภูมิสูงกว่าสารตะกั่ว จึงต้องมีการเปลี่ยนเครื่องจักรและปรับเปลี่ยนกระบวนการผลิต และยังต้องเสียค่าพลังงานเพิ่มขึ้นด้วย บางผลิตภัณฑ์ก็ต้องเปลี่ยนชิ้นส่วนอื่นๆ เช่น พลาสติก แผงวงจรให้เหมาะสมอีกด้วย ทำให้ต้นทุนการผลิตต่อหน่วยเพิ่มขึ้นร้อยละ 5-10 สำหรับผู้ผลิตวงจรพิมพ์บางราย ร้อยละ 20 สำหรับผู้ผลิตคอมพิวเตอร์บางราย ไปจนถึงร้อยละ 50 สำหรับผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์ และเครื่องเล่นแผ่นเสียงบางราย

7. ในด้านปริมาณการใช้สารทดแทนนั้น ผู้ผลิตเครื่องรับโทรทัศน์จะใช้สารทดแทนมากกว่าการผลิตสินค้าอื่น จึงได้รับผลกระทบจากระเบียบ RoHS มากกว่าผู้ผลิตสินค้าอื่น ในขณะที่ผู้ผลิตอุปกรณ์ชิ้นส่วนและส่วนประกอบเครื่องวิดีโอ/วีซีดีจะได้รับผลกระทบน้อยที่สุด เนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องใช้สารทดแทนมีน้อยกว่าผู้ผลิตสินค้าอื่น

ปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการตามระเบียบ RoHS ในปัจจุบัน คือ

- ข้อจำกัดในการพัฒนาเทคโนโลยี เนื่องจากส่วนใหญ่ บริษัทข้ามชาติเป็นผู้นำเข้ามาเผยแพร่ ไม่สามารถศึกษาลงลึกในรายละเอียด อีกทั้ง วิวัฒนาการของเทคโนโลยีเปลี่ยนแปลงเร็ว เทคโนโลยีเดิมอาจไม่สามารถนำมาใช้กับผลิตภัณฑ์ใหม่ได้
- ในบางกรณี ผู้ประกอบการรายใหญ่มีความต้องการที่เข้มงวดกว่ามาตรฐาน เพราะไม่มั่นใจในผู้ประกอบการรายเล็ก แม้จะนำใบรับรองมาแสดงก็ตาม สร้างความยุ่งยากให้กับ SMEs

³⁴ อย่างไรก็ดี นับตั้งแต่ระเบียบ RoHS มีผลบังคับใช้แล้ว (1 กรกฎาคม 2549) ยังไม่มีผู้ประกอบการไทยรายใดถูกสหภาพยุโรปฟ้องว่ากระทำผิดระเบียบ แต่ MTEC ก็เตือนไม่ให้อ้างอิงและผู้ประกอบการควรเตรียมเอกสารข้อมูลไว้ เพื่อเกิดปัญหาจะได้นำมาชี้แจงได้ (หนังสือพิมพ์ประชาชาติธุรกิจ, 3-6 สิงหาคม 2549 หน้า 8)

ผลกระทบที่เกิดจากระเบียบ WEEE

- 1) ผู้ผลิตจะต้องมีการออกแบบผลิตภัณฑ์ใหม่หรือมีการเลือกใช้วัสดุส่วนประกอบของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ เพื่อให้สามารถนำส่วนประกอบจากเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ที่หมดอายุการใช้งานแล้วกลับมาใช้ซ้ำ (reuse) รีไซเคิล (recycle) หรือนำกลับมาคืนสภาพ (recovery) ตามอัตราที่กำหนดไว้ในระเบียบ WEEE อีกทั้ง ยังต้องมีการติดฉลากและมีเอกสารแนบด้วย มิฉะนั้น ผู้นำเข้าอาจจะเปลี่ยนไปนำเข้าผลิตภัณฑ์จากประเทศอื่นที่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าวได้ ซึ่งทั้งหมดนี้ส่งผลกระทบต่อต้นทุนการผลิตที่ต้องเพิ่มมากขึ้น
- 2) ส่วนการส่งเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งออกไปยังสหภาพยุโรปกลับคืนไปยังประเทศผู้ส่งออก จะทำให้เกิดปัญหาด้านค่าใช้จ่าย ด้วยเหตุนี้ ในทางปฏิบัติ ผู้ผลิตหรือผู้นำเข้าสินค้าจะใช้บริการของโรงงานบำบัดหรือกำจัดในเขตสหภาพยุโรปโดยชำระค่าธรรมเนียมในการจัดการเศษเหลือทิ้ง เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายให้กับผู้ผลิตหรือผู้นำเข้า
- 3) สำหรับการจัดตั้งโรงงานบำบัดหรือกำจัดในสหภาพยุโรป เป็นการร่วมดำเนินการระหว่างบริษัทผู้ผลิตต่าง ๆ ของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปหรือระหว่างบริษัทผู้ผลิตจากประเทศต่าง ๆ ที่ส่งออกสินค้าไปยังสหภาพยุโรป เพราะฉะนั้น เศษเหลือทิ้งของสินค้านำเข้าที่จะได้รับการจัดการในโรงงานเหล่านี้ อาจต้องเป็นสินค้าที่มีรูปแบบหรือมาตรฐานหรือใช้วัสดุส่วนประกอบที่สอดคล้องกัน เพื่อให้สามารถถอดแยกชิ้นส่วนได้ในขั้นตอนเดียวกัน ซึ่งมีผลให้ผู้ผลิตสินค้าต้องรับภาระต้นทุนที่เพิ่มขึ้นในการปรับโครงสร้างการผลิตใหม่เพื่อให้ได้สินค้าลักษณะโครงสร้างวัตถุดิบคล้ายกัน

ปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการตามระเบียบ WEEE ในปัจจุบัน คือ

- ระเบียบ WEEE ยังมีขั้นตอนและการเตรียมเอกสารที่ยังไม่ชัดเจน โดยเฉพาะการแยกสัดส่วนของ 3 R (Reuse, Recycle, Recovery)
- ต้องใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาช่วย

2) ผลกระทบต่อการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

▪ ปัญหาการหลงใหลของสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานตามระเบียบ WEEE และ RoHS

ระเบียบ WEEE เป็นความพยายามที่จะจัดการกับของเสียอันตรายจากซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ซึ่งเป็นเรื่องที่ท้าทายสำหรับประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายหรือหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงที่จะจัดการกับของเสียอันตรายประเภทดังกล่าว ต่างจากของเสียอันตรายจากภาคอุตสาหกรรมซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับและมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหลัก

กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการรักษาความสะอาด (พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. 2535) การจัดการขยะมูลฝอยติดเชื้อ

(พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535) และการจัดการของเสียอันตรายจากแหล่งกำเนิดที่ไม่มีกฎหมายอื่นบัญญัติไว้ (พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535) และมีกฎหมายของท้องถิ่นให้อำนาจท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาล กรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือองค์การบริหารส่วนตำบล (อปต.) ในการเก็บ ขน กู้จัดขยะมูลฝอยในเขตที่ตนมีอำนาจหน้าที่

ในประเทศไทย เมื่อผู้ผลิตขายผลิตภัณฑ์ให้กับผู้บริโภคแล้ว หน้าที่ของผู้ผลิตก็หมดไปภาระหน้าที่ในการเก็บรวบรวมนำไปกำจัดจะตกอยู่กับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ส่วนใหญ่จะกำจัดขยะทุกประเภทโดยไม่มีการแยกกำจัดมูลฝอยทั่วไปและขยะอันตราย ขยะที่เป็นซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วได้รับการดูแลเหมือนขยะทั่วไป บางส่วนอาจถูกแยกนำกลับมาใช้ซ้ำ หรือรีไซเคิลโดยผู้ค้าของเก่า ส่วนที่ใช้ไม่ได้แล้วก็จะถูกทิ้งรวมไปในขยะมูลฝอยทั่วไป ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดมาตรการการดูแลเป็นพิเศษ

ดังนั้น กฎหมายไทยยังขาดความเชื่อมโยงของการจัดการขยะอย่างเป็นระบบ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ใช้ทรัพยากรไม่คุ้มค่า และไม่ปฏิบัติตามหลักการ “ผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย” ซึ่งเป็นหลักสากลที่นานาชาติใช้บังคับในประเทศของตน การที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายภายในประเทศที่จัดการกับซากเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้ว ทำให้เกิดข้อเสียเปรียบทางการค้ากับประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เนื่องจากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จากประเทศไทยที่ส่งเข้าไปในตลาดสหภาพยุโรปจะต้องเสียค่าธรรมเนียมในการจัดการเศษเหลือทิ้ง แต่สินค้าที่นำเข้าจากสหภาพยุโรปมายังประเทศไทยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมอย่างเดียวกัน เพราะประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายใช้บังคับ

นอกจากนี้ การที่ไม่มีกฎหมายที่ควบคุมมาตรฐานสินค้าที่สอดคล้องกับระเบียบ WEEE และ RoHS อาจทำให้ประเทศไทยประสบปัญหาจากการที่ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ไม่ได้มาตรฐานตามระเบียบของสหภาพยุโรปหรือ จากแหล่งผลิตอื่นๆ ถูกนำเข้ามาในประเทศ เนื่องจากมีราคาถูก และผู้บริโภคในประเทศยังนิยมเลือกซื้อสินค้าที่มีราคาถูกมากกว่าสินค้าที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม

▪ ปัญหาการลักลอบนำเข้าซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วและการนำเข้าในรูปสินค้ามือสอง

ระเบียบ WEEE และ RoHS อาจส่งผลให้ผู้ผลิตและผู้ประกอบการผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในประเทศสหภาพยุโรปเองต้องหาหนทางหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากภาระการกำจัดเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ตามข้อบังคับ ซึ่งบริษัทเหล่านี้อาจจะนำผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วเหล่านั้นไปขายต่อเป็นสินค้ามือสอง หรือสินค้าตกู้นราคาถูกให้แก่ตลาดในประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย รวมทั้งประเทศไทยด้วย

กรีนพีซได้ตั้งข้อสังเกตว่า การที่สหภาพยุโรปและบางมลรัฐในสหรัฐอเมริกาและแคนาดาได้ออกกฎระเบียบ WEEE ดังกล่าว จะทำให้จำนวนเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ได้ถูกจัดเก็บมากขึ้น การที่สหภาพยุโรปได้ตั้งเป้าว่า จะต้องมีการจัดเก็บขยะอิเล็กทรอนิกส์จากครัวเรือนให้ได้อย่างน้อย 4 กิโลกรัมต่อคนต่อปี ภายในสิ้นปี 2551 (จากเดิมที่ได้ตั้งเป้าไว้ที่ปี 2549) ทำให้ปริมาณขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่เก็บรวบรวม

เพิ่มจำนวนสูงขึ้นอย่างมาก และหากประเทศในสหภาพยุโรปไม่ได้เพิ่มความเข้มงวดในการตรวจตราและบังคับใช้กฎหมายแล้ว ก็อาจส่งผลให้เกิดการลักลอบส่งออกขยะอิเล็กทรอนิกส์ไปยังประเทศกำลังพัฒนาในปริมาณที่เพิ่มขึ้นมหาศาล ทั้งนี้ ประเทศพัฒนาแล้วที่ต้องการส่งออกของเสียอันตรายอาจจะใช้ช่องทางการค้าเสรีเป็นทางระบายของเสียอันตราย

ผลการศึกษาในประเทศอังกฤษ ได้ชี้ว่า ในปี 2546 เพียงปีเดียว มีการส่งออกขยะอิเล็กทรอนิกส์จากประเทศอังกฤษถึง 160,000 ตัน (Basel Action Network, 2005) ผลการตรวจสอบตู้คอนเทนเนอร์และรถบรรทุกที่ทำเรือในประเทศเครือสหภาพยุโรป 10 ประเทศ อาทิ เนเธอร์แลนด์ เยอรมันนี และอังกฤษ ภายใต้โครงการ European IMPL enforcement program พบว่า ในจำนวนขยะอันตรายที่ส่งออกทั้งหมด มีสัดส่วนของขยะอันตรายที่ส่งออกลักษณะผิดกฎหมาย 22 เปอร์เซ็นต์ ทั้งนี้ พบว่าขยะอันตรายที่ลักลอบส่งออกเหล่านี้ ส่วนใหญ่เป็นขยะอิเล็กทรอนิกส์ จำพวก อุปกรณ์คอมพิวเตอร์ สายไฟฟ้า CRT ยางเก่า ชิ้นส่วนรถยนต์ที่ปนเปื้อนสารเคมี การค้นพบการส่งออกขยะอันตรายอย่างผิดกฎหมายนี้เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการบังคับใช้ระเบียบ WEEE ของสหภาพยุโรป ดังนั้น จึงมีแนวโน้มว่าการบังคับใช้ระเบียบ WEEE อาจนำไปสู่ปริมาณขยะอิเล็กทรอนิกส์ที่ถูกส่งออกเพิ่มมากขึ้น ซึ่งเป็นช่องทางหนึ่งที่จะลดปริมาณขยะเหล่านี้ในถังฝังกลบและสถานที่จัดเก็บอื่นๆ ภายในประเทศ

2.6 การรับมือของภาคเอกชนและการดำเนินการของภาครัฐ

2.6.1 การรับมือของภาคเอกชนกับระเบียบ WEEE และ RoHS

1. การหาพันธมิตรทางธุรกิจจากสหภาพยุโรป เพื่อให้ผู้นำเข้าในยุโรปเป็นผู้รับผิดชอบการดำเนินการที่จำเป็นในท้องถิ่นของตนเอง
2. การรวมกลุ่มเพื่อการค้าและแลกเปลี่ยนข้อมูลกันในกลุ่มซึ่งส่วนใหญ่เป็นกลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าที่มีผู้ผลิตไทยล้วนอยู่มาก เช่น กลุ่มเครื่องปรับอากาศและเครื่องทำความเย็น กลุ่มเครื่องใช้ไฟฟ้า สมาคมนายจ้างอิเล็กทรอนิกส์ สมาคมไฟฟ้าและแสงสว่างแห่งประเทศไทย สมาคมโทรคมนาคม เป็นต้น ในกลุ่มอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่มีปัญหาเรื่องทุนหรือเทคโนโลยีในการผลิต แต่มีปัญหาเรื่องการพัฒนาศักยภาพของบุคลากรและการบริหารจัดการ
3. การจัดการให้มีหน่วยงานรับผิดชอบเกี่ยวกับ WEEE และ RoHS ในสถานประกอบการ ได้แก่ การออกแบบเพื่อสิ่งแวดล้อม เทคโนโลยีสะอาด การรวบรวมข่าวสาร การประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งทางด้านการวิชาการและด้านเทคนิค
4. การจัดตั้งเครือข่าย Thai RoHS เมื่อปลายปี 2547 ซึ่งเป็นการรวมกลุ่มของผู้ประกอบการไทยและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ในรูปของเครือข่ายสมัครใจ มีวัตถุประสงค์หลักในการพัฒนาแลกเปลี่ยน และจัดสรรความรู้และเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการผลิต ระหว่างกลุ่มสมาชิก ซึ่งเป็นผู้ผลิตในลำดับขั้นต่างๆ ทั้ง First และ Second Tier รวมถึง Supply Chain เพื่อให้สามารถผลิต

อุปกรณ์ไฟฟ้า-อิเล็กทรอนิกส์ที่ปราศจากสารพิษต่างๆ ตามระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมที่ประเทศผู้ซื้อทั่วโลกพัฒนาขึ้น อาทิเช่น RoHS, WEEE และ EuP ที่จะเกิดขึ้นในอนาคต เป็นต้น³⁵

2.6.2 การดำเนินของภาครัฐ

อุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เป็นอุตสาหกรรมที่มีความสำคัญมากต่อเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากอุตสาหกรรมนี้สามารถสร้างรายได้เข้าประเทศจากการส่งออกผลิตภัณฑ์คิดเป็นมูลค่าสูงถึงร้อยละ 55 ของผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศอันเกิดจากภาคอุตสาหกรรมทั้งหมด นอกจากนี้ อุตสาหกรรมได้ก่อให้เกิดการจ้างงานประเภทฝีมือทั่วประเทศไม่น้อยกว่า 400,000 คนทั่วประเทศ ภาครัฐจึงมีความตื่นตัวอย่างมากต่อการรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS ดังจะเห็นได้จากการจัดตั้ง คณะอนุกรรมการติดตามผลกระทบและนโยบายของไทยต่อการออกกฎหมายว่าด้วยเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้สารอันตราย เมื่อวันที่ 7 สิงหาคม 2543 ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการนโยบายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ซึ่งมีรองนายกรัฐมนตรีเป็นประธานกรรมการ คณะอนุกรรมการฯ นี้ประกอบด้วยหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน รวม 24 องค์กร และได้มีการประชุม วางแผนและติดตามงานเป็นระยะ (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

นอกจากนี้ จากที่รัฐบาลปัจจุบันได้มีนโยบายที่จะให้ประเทศไทยเป็นฐานการผลิตอุตสาหกรรมเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ในภูมิภาคอาเซียน กระทรวงการคลังจึงได้ประกาศลดภาษีนำเข้าวัตถุดิบและชิ้นส่วนสำหรับการนำเข้าเพื่อผลิตหรือประกอบเป็นเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ 28 รายการ ซึ่งมีผลตั้งแต่วันที่ 2 มีนาคม 2549 เป็นต้นมา³⁶ การลดภาระภาษีนำเข้าวัตถุดิบเป็นการตอบสนองข้อเรียกร้องของอุตสาหกรรมซึ่งได้รับผลกระทบจากการราคาวัตถุดิบที่เพิ่มขึ้น

1) การช่วยเหลือภาคอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

- ด้านนโยบายและระบบบริหารจัดการ

คณะอนุกรรมการติดตามผลกระทบและนโยบายของไทยต่อการออกกฎหมายว่าด้วยเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และกฎหมายว่าด้วยการห้ามใช้สารอันตราย คณะอนุกรรมการนี้ได้จัดทำแผนปฏิบัติการหรือโครงการเพื่อเตรียมการด้านการรองรับผลกระทบของระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับ WEEE และ RoHS ในเบื้องต้น ได้แก่ งานศึกษาผลกระทบ งานเผยแพร่ข้อมูลความรู้และสร้าง

³⁵ เครือข่าย Thai RoHS ได้ติดตามรายงานความคืบหน้าด้านการพัฒนานโยบาย กฎระเบียบ แนวทางปฏิบัติของระเบียบ RoHS ในสหภาพยุโรปและประเทศอื่นๆ เช่น จีน และเกาหลี รวมทั้งกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น ระเบียบการจัดการซากยานยนต์ (End-of-Life Vehicles: ELV) และระเบียบว่าด้วย กรอบข้อกำหนดการออกแบบเชิงนิเวศเศรษฐกิจสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ใช้พลังงาน (Energy-using Product: EuP) รวมทั้ง ประชาสัมพันธ์การจัดสัมมนา การฝึกอบรมของหน่วยงานต่างๆ ผ่านเว็บไซต์ของเครือข่าย (<http://www.thairohs.org/>)

³⁶ ประกาศกระทรวงการคลัง เรื่อง การลดอัตราอากรและการยกเว้นอากรศุลกากรตามมาตรา 12 แห่งพระราชกำหนดพิกัดอัตราศุลกากร พ.ศ. 2530 (ฉบับที่ 32)

(<http://www.customs.go.th/Declaration/DeclarationResult.jsp?Docid=A00697&ttechk=2>)

ความเข้าใจ งานมาตรฐานอุตสาหกรรม และงานพัฒนาเทคโนโลยี (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

หน่วยงานที่ดำเนินการในปัจจุบัน

- งานศึกษาผลกระทบจากกฎระเบียบ WEEE และ RoHS ที่มีต่อประเทศไทย

กรมการค้าต่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์ได้มอบหมายให้สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ทำการศึกษา “โครงการศึกษาผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทย และเสนอแนวทางในการรับมือกับมาตรการ ภายใต้ระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป” ระหว่างเดือนกันยายน 2545 ถึงเดือนกันยายน 2546 โครงการนี้นับเป็นโครงการหนึ่งที่ศึกษาได้ครอบคลุมมาก โดยมีได้เน้นเฉพาะเรื่องผลกระทบต่อ ระเบียบ WEEE และ RoHS เท่านั้น แต่รวมถึงการประเมินวัฏจักรชีวิตและการออกแบบเชิงนิเวศ เศรษฐกิจของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ และการศึกษาแนวทางในการจัดการเศษเหลือทิ้ง ผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง (สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, 2548)

- งานเผยแพร่ข้อมูลความรู้ และสร้างความเข้าใจ

งานในส่วนนี้ มีหน่วยงาน สถาบัน องค์กรทั้งภาครัฐและภาคเอกชนดำเนินการร่วมกัน ใน รูปแบบสื่อต่างๆ สิ่งพิมพ์ การจัดสัมมนาให้ความรู้³⁷ ทั้งนี้ ข้อมูลข่าวสารการจัดสัมมนา การฝึกอบรม ต่างๆ จะมีการประกาศ เผยแพร่ที่เว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (<http://www.thaieei.com/>) ซึ่งมี link ข้อมูลความคืบหน้าของระเบียบ WEEE และ RoHS กับเว็บไซต์ ของกรมการค้าต่างประเทศ (<http://www.dft.moc.go.th/>)

- งานมาตรฐานอุตสาหกรรม

เนื่องจากระเบียบและมาตรฐานที่เกี่ยวกับ WEEE และ RoHS เป็นมาตรฐานที่เป็นสากล การดูแลและกำหนดมาตรฐานที่เป็นสากล และเป็นของไทยดำเนินการโดย สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม สำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม กรมโรงงานอุตสาหกรรม กระทรวง อุตสาหกรรม

³⁷ ตัวอย่างเช่น ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) จัดสัมมนาเรื่อง “การรับรองสินค้าปลอดสารพิษตามระเบียบ RoHS ของสหภาพยุโรปและโครงสร้างที่ต้องเร่งพัฒนาเพื่อสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันที่ยั่งยืน”, 16 กันยายน 2547; สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์จัดสัมมนาพิเศษ เรื่อง “Positive Material Identification” และ “Latest Development in Detecting Heavy Metal in Plastic and Electronics Parts” , 18 พฤศจิกายน 2547; กลุ่มวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยีสะอาด (Cleaner Technology Advancement Program; CTAP) ภายใต้ ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) จัดสัมมนาเรื่อง “EcoDesign for Refrigerator and Air-conditioner” , 23 พฤศจิกายน 2547 (ที่มา: เว็บไซต์ของสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์, <http://www.thaieei.com/>)

- งานพัฒนาเทคโนโลยีและเสริมสร้างขีดความสามารถของบุคลากร

ในปัจจุบัน หน่วยงานต่างๆ ได้ร่วมมือกันดำเนินโครงการเพื่อพัฒนาเทคโนโลยีและบุคลากร โดยเฉพาะ SMEs เพื่อให้สามารถส่งออกผลิตภัณฑ์/ผลิตภัณฑ์ที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมไปยังกลุ่มสหภาพยุโรป และประเทศอื่นๆ ตัวอย่างโครงการที่สำคัญ ได้แก่

- โครงการขับเคลื่อนเพื่อผลิตภัณฑ์ที่สะอาดและสร้างความพร้อมสำหรับ SMEs ของอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ส่งออกไปยังสหภาพยุโรป โดยใช้ Green Camp ซึ่งเป็นความร่วมมือระหว่างสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ร่วมกับศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ³⁸
- โครงการ TREE-Green โดยความร่วมมือระหว่างศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) ร่วมกับสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (EEI) กลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (FTI) และ สถาบันพัฒนาวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม (ISMED) เพื่อให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและภาคอุตสาหกรรมได้ร่วมกันพัฒนาแนวทางปฏิบัติและคู่มือการปรับตัว และเพื่อช่วยให้ผู้ประกอบการไทยตลอดห่วงโซ่อุปทานผลิตสินค้าปลอดสารต้องห้ามที่สามารถแข่งขันได้
- โครงการ Pro-TREE เพื่อเพิ่มขีดความสามารถในด้านการวิเคราะห์ทดสอบสารปนเปื้อนให้ผู้ประกอบการภาคอุตสาหกรรม หน่วยปฏิบัติการทดสอบ โดยความร่วมมือระหว่างศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) และ กลุ่มอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ สมาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (FTI)

โครงสร้างพื้นฐาน

เมื่อวันที่ 27 กันยายน 2548 คณะรัฐมนตรี อนุมัติงบประมาณ จำนวน 167.3 ล้านบาทให้สำนักงานพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งชาติ กระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีดำเนินการโครงการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อการผลิตสินค้าปลอดสารพิษ ซึ่งมีระยะเวลาดำเนินโครงการ 4 ปี (ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2548 – 2551)

³⁸ เป้าหมายของ Green Camp

- เพื่อทำโครงการสาธิต ที่สามารถผลิตชิ้นส่วน/ผลิตภัณฑ์/ตัวอย่าง ที่เป็น Green ซึ่งเป็นที่ยอมรับของกลุ่มสหภาพยุโรป และกลุ่มประเทศที่พัฒนาอื่นๆ
- เพื่อสร้างบุคลากร ในระดับผู้เชี่ยวชาญทางด้าน LCA, Eco-design และ Cleaner Production (CP) จำนวน 215 คน ให้กับอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ภายในระยะเวลา 1 ปี
- เพื่อพัฒนาสถานประกอบการให้มีกระบวนการการผลิตที่สะอาดในการลดมลภาวะจากโรงงานด้วย Cleaner Technology
- เพื่อยกระดับบุคลากรของ SMEs จำนวน 1,000 คน ให้มีความพร้อมที่จะรองรับกับ NTB ของอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์

มาตรการ

1. เร่งพัฒนาห้องปฏิบัติการในศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ เพื่อใช้เป็นห้องปฏิบัติการต้นแบบเพื่อการขยายผลสู่การเพิ่มปริมาณหน่วยทดสอบที่ได้มาตรฐานให้เพียงพอต่อความต้องการในประเทศ
2. พัฒนาศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ ให้เป็นฐานในการพัฒนาขีดความสามารถในการวิเคราะห์/ทดสอบปริมาณสารปนเปื้อนในชิ้นส่วน/วัสดุ เพื่อรองรับกลไกการรับรองชิ้นส่วน/วัสดุปลอดภัยในประเทศ
3. เร่งพัฒนาบุคลากร ระดับครูฝึก (Trainer) เพื่อนำไปสู่การขยายผลในวงกว้าง
4. เร่งสร้างบุคลากร ที่มีความรู้ความชำนาญ เพื่อรองรับกรณีพิพาท ข้อโต้แย้ง และเพื่อการมีส่วนร่วมใน การกำหนดมาตรฐานวิธีการทดสอบชิ้นส่วน/วัสดุในระดับนานาชาติ
5. เร่งพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานเพื่อให้ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติสามารถเป็นแหล่งข้อมูลและให้คำปรึกษาด้านเทคนิคเพื่อผู้ประกอบการสามารถปรับตัวได้ทันต่อเหตุการณ์

ภายใต้โครงการดังกล่าว ศูนย์เทคโนโลยีโลหะและวัสดุแห่งชาติ (MTEC) ได้จัดตั้ง TEA-lab (Trace Element Analysis laboratory) ขึ้น ซึ่งใช้งบประมาณ 10 ล้านบาท เพื่อเป็นหน่วยงานกลางในการให้การสนับสนุนอุตสาหกรรมไทยด้านการตรวจสอบปริมาณสารต้องห้ามตามระเบียบ RoHS นอกจากนี้ สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ได้เปิดให้บริการวิเคราะห์สารต้องห้าม ตามระเบียบ RoHS ที่นิคมอุตสาหกรรมบางปู³⁹

2) การป้องกันสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และเศษเหลือทิ้งที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ

นอกจากการช่วยเหลือภาคอุตสาหกรรมแล้ว ที่ผ่านมา ภาครัฐได้เตรียมการป้องกันสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และเศษเหลือทิ้งที่นำเข้ามาหรือลักลอบนำเข้ามาจากต่างประเทศ โดยมีการออกมาตรการตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 13 สิงหาคม 2546 เห็นชอบแนวทางการดำเนินการมาตรการนำเข้าของคณะกรรมการบริหารนโยบายการนำเข้า (กบน.) ดังต่อไปนี้

มาตรการเกี่ยวกับสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป ปัจจุบัน มีการนำเข้าสินค้าที่ไม่ได้มาตรฐานและมีราคาต่ำ และมีการลักลอบนำเข้ามาก

³⁹ นอกจากนี้ ยังมีบริษัทเอกชน คือ บริษัทเอสจีเอส (ประเทศไทย) ซึ่งเพิ่งได้รับใบรับรอง ISO/IEC 17025 จากสมอ. กระทรวงอุตสาหกรรม ถือเป็นบริษัทแรกในไทยที่ได้รับใบรับรองด้านการวิเคราะห์สารอันตรายในชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ เครื่องใช้ไฟฟ้า ชิ้นส่วนยานยนต์ และสินแร่ ใบรับรอง ISO/IEC 17025 นี้จะทำให้ห้องปฏิบัติการได้รับการยอมรับในระดับประเทศและระหว่างประเทศเพราะถือว่ามาตรฐานนี้เป็นมาตรฐานสากล ซึ่งช่วยยกระดับขีดความสามารถของผู้ประกอบการในการพัฒนาด้านคุณภาพและเป็นการเพิ่มความเชื่อมั่นในสินค้า (http://www.prd.go.th/p_news/service_.php?serv=578)

- ให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (สมอ.) เพิ่มความเข้มงวดในการตรวจสอบมาตรฐานสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าที่นำเข้าจากต่างประเทศ และพิจารณาเพิ่มรายการสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ให้เป็นสินค้าที่มีมาตรฐานบังคับ
- ให้กรมการค้าต่างประเทศดำเนินมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาดสินค้านำเข้า เครื่องใช้ไฟฟ้าที่มีราคาขายต่ำผิดปกติ โดยติดตามความเคลื่อนไหวของการนำเข้าอย่างใกล้ชิด
- ให้กรมศุลกากรป้องกันการลักลอบนำเข้าอย่างเคร่งครัด

มาตรการที่เกี่ยวกับสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว เนื่องจากแนวโน้มการนำเข้ามีเพิ่มมากขึ้น ทั้งเพื่อนำมา recycle และคัดแยกส่วนที่เป็นเศษเหลือทิ้งจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และยังไม่มีมาตรการแยกการนำเข้าแล้วออกจากสินค้าใหม่ทำให้ไม่มีสถิติการนำเข้าเพื่อนำมากำหนดมาตรการที่เหมาะสม

- ให้กรมศุลกากรแยกรหัสสถิติเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วออกจากเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ใหม่
- กรณีเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป ให้สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม แก้ไขพ.ร.บ. มาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511
- กรณีเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ให้กรมโรงงานอุตสาหกรรม ออกประกาศควบคุมการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว ตามพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535
- กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นหน่วยงานหลักพิจารณาดำเนินการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปตามหลักการที่ไม่ควรให้มีการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่จะเป็นเศษเหลือทิ้ง (waste) หรือจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ยกเว้นในกรณีที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศและต่อผู้บริโภค

ผลการดำเนินการมาตรการของหน่วยงานตามมติคณะรัฐมนตรี⁴⁰ ที่สำคัญมีดังนี้

สินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ทั่วไป

- 1) สำนักงานมาตรฐานผลิตภัณฑ์ อุตสาหกรรม(สมอ.) จัดทำร่างพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. เป็นการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ สมอ. และคณะกรรมการมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม เป็นการลดขั้นตอนในการกำหนดมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (โดยจะใช้เวลาประมาณ 6 เดือน) ขณะนี้อยู่ระหว่างรอลงประกาศในพระราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลบังคับใช้

⁴⁰ รายงาน “การดำเนินการมาตรการการนำเข้าสินค้าตามมติคณ. (พฤษภาคม 2548)”

(<http://www.ops.moc.go.th/MocCMS/fileupload/ETC/4361.doc>)

- 2) กรมการค้าต่างประเทศ ติดตามความเคลื่อนไหวของปริมาณการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าที่ผิดปกติ หรือเข้าข่ายการทุ่มตลาดอย่างใกล้ชิด ได้แก่ หลอดภาพโทรทัศน์ เครื่องสูบน้ำ เครื่องซักผ้า แบตเตอรี่โทรศัพท์มือถือ พร้อมทั้งจัดประชุมให้ความรู้กลุ่มอุตสาหกรรมเกี่ยวกับขั้นตอนยื่นขอไต่สวนการทุ่มตลาด
- 3) กรมศุลกากร รายงานผลการตรวจจับการลักลอบนำเข้า ปี 2548 (ม.ค. –ก.พ.) มีการจับกุมรวม 17 ราย คิดเป็นมูลค่าประมาณ 3.1 ล้านบาท ส่วนใหญ่เป็นโทรศัพท์มือถือ และชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์

เครื่องใช้ไฟฟ้า และอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้ว

- 1) กรมโรงงานอุตสาหกรรม ได้ดำเนินการออกประกาศเพื่อควบคุมการนำเข้าแล้ว ดังนี้
 - ออกประกาศกระทรวงอุตสาหกรรม เรื่อง บัญชีรายชื่อวัตถุดิบราย พ.ศ. 2546 โดยกำหนดให้เครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วอยู่ในบัญชี ข ลำดับที่ 62 และ 63 เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้ 6 ตุลาคม 2546
 - ออกประกาศกรมโรงงานอุตสาหกรรม เรื่อง เงื่อนไขในการอนุญาตให้นำเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่เป็นวัตถุดิบรายเข้ามาในราชอาณาจักร เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้วันที่ 3 ตุลาคม 2546
- 2) กรมศุลกากรออกประกาศกรม เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมรหัสสถิติสินค้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วเมื่อวันที่ 12 กันยายน 2546 มีผลบังคับใช้วันที่ 1 ตุลาคม 2546

3) พัฒนาระบบการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของไทย

สืบเนื่องจากมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 13 สิงหาคม 2546 ที่มอบหมายให้กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเป็นหน่วยงานหลักพิจารณาดำเนินการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องให้เป็นไปตามหลักการที่ไม่ควรให้มีการนำเข้าเครื่องใช้ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วที่จะเป็นเศษเหลือทิ้ง (waste) หรือจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ยกเว้นในกรณีที่มีประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศ และต่อผู้บริโภค กรมควบคุมมลพิษร่วมกับสำนักงานเศรษฐกิจอุตสาหกรรม สำนักมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม และกรมโรงงานอุตสาหกรรม ดำเนินการยกร่างยุทธศาสตร์การจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย และแผนปฏิบัติการขึ้น โดยมีเป้าหมายเพื่อมุ่งเน้นให้มีการจัดการ WEEE ตั้งแต่ต้นทางจนถึงปลายทางที่ถูกต้องตามหลักวิชาการและเป็นระบบครบวงจร

นอกจากนี้ กรมควบคุมมลพิษได้จัดทำร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้ว ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวจะครอบคลุมเนื้อหาเรื่องการจัดเก็บค่าธรรมเนียมผลิตภัณฑ์ การบริหารเงินเพื่อสนับสนุนการจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ฯ โดยตั้งกองทุนเฉพาะขึ้น การแต่งตั้งสำนักงานกองทุน คณะกรรมการบริหาร และผู้จัดการกองทุนที่มีความอิสระในการดำเนินงาน

และบริหารกิจการกองทุน การสร้างระบบการรับซื้อซากและการจัดการซากโดยอาศัยมาตรการทางเศรษฐกิจโดยผ่านทางกองทุน การกำหนดบทบาทขององค์การบริหารจัดการทั้งระดับประเทศและท้องถิ่น ขณะนี้ ร่างยุทธศาสตร์และร่างกฎหมายนี้อยู่ในขั้นตอนของการพิจารณาของสำนักเลขาธิการรัฐมนตรีเตรียมเสนอเข้าที่ประชุมคณะรัฐมนตรี⁴¹

จากการประมวลการดำเนินการของภาครัฐและเอกชนที่ผ่านมา พบว่า ทั้งสองฝ่ายมีความตื่นตัวต่อระเบียบ WEEE และ RoHS และให้ความร่วมมือกันอย่างมาก เป็นที่น่าสังเกตว่า การศึกษาผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS มิได้จำกัดเฉพาะผลกระทบที่จะเกิดกับอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์เท่านั้น หากแต่รวมถึงผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมจากการนำเข้าผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่ใช้แล้วและที่ไม่ได้มาตรฐาน ผลพลอยได้จากการที่ประเทศไทยต้องเตรียมรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป คือ การทำให้ภาครัฐและภาคเอกชนได้เรียนรู้แนวทางแก้ปัญหาสิ่งแวดล้อมโดยใช้หลัก EPR และวางแนวทางในเชิงรุกด้วยการพิจารณาจัดทำมาตรการที่คล้ายกับสหภาพยุโรป เพื่อเพิ่มขีดความสามารถการแข่งขันของอุตสาหกรรมไทยและป้องกันการลักลอบทิ้งของเสียที่เป็นสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ใช้แล้วในประเทศไทย หากประเทศไทยสามารถผลักดันให้มีกฎระเบียบ WEEE และ RoHS เกิดขึ้นในประเทศได้ ไม่เพียงแต่จะช่วยปกป้องผลประโยชน์แบบ “เกลือกมูเกลือก” เท่านั้น แต่ยังจะช่วยให้เกิดผลด้านสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยต่อชีวิตอีกด้วย

2.7 ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

การออกกฎระเบียบ WEEE และ RoHS ของไทย

1. แม้ว่าภาครัฐมีความกระตือรือร้นที่จะช่วยเหลือและภาคเอกชน เพื่อรับมือกับระเบียบ WEEE และ RoHS อย่างไรก็ดี การดำเนินการที่ผ่านมาของหน่วยงานและองค์กรต่างๆ ส่วนใหญ่เป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า ภายใต้การติดตามเป็นระยะของคณะกรรมการติดตามผลกระทบฯ เนื่องจากคณะกรรมการฯ เป็นคณะทำงานชั่วคราว เพื่อรับมือกับกฎระเบียบ WEEE และ RoHS การจัดตั้งองค์กรจึงเป็นแบบหลวมๆ และมีลักษณะแต่ละหน่วยงานต่างดำเนินการ โครงสร้างองค์กรดังกล่าวจึงไม่ใช่กลไกที่จะช่วยสนับสนุนให้ภาคเอกชนสามารถปรับตัวได้อย่างยั่งยืนและไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอที่จะทำงานในเชิงรับและเชิงรุก ดังนั้น รัฐบาลควรพิจารณาปรับเปลี่ยนวิสัยทัศน์ โครงสร้างองค์กร และกลยุทธ์ให้ชัดเจน เพื่อเตรียมรับมือกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมใหม่ๆ ที่จะมีตามมาอีกในไม่ช้า ไม่ว่าจะเป็นระเบียบ EuP ของสหภาพยุโรป กฎระเบียบ RoHS ของจีน และเกาหลี

2. รัฐบาลควรจัดตั้งหน่วยงานกลาง ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระที่จัดตั้งขึ้นใหม่ ภายใต้การกำกับดูแลของสำนักนายกรัฐมนตรี และมีหน่วยงานหลักคือ กรมควบคุมมลพิษดูแลเศษเหลือทิ้งภาคชุมชน และกรมโรงงานอุตสาหกรรมดูแลเศษเหลือทิ้งจากภาคอุตสาหกรรม และหน่วยงานอื่นๆ เป็นคณะทำงานรวบรวมเศษเหลือทิ้งเพื่อนำมารีไซเคิล สถาบันอิสระตั้งขึ้นภายใต้การกำกับของสำนักนายก เพื่อเป็น

⁴¹ จากการสัมภาษณ์คุณธีรพร จิระภูมิกร สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ, 3 มีนาคม 2549

หน่วยงานหลักที่เป็นศูนย์กลางและเป็นเจ้าภาพในการจัดการกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมของประเทศต่าง ๆ (ไม่เพียงเฉพาะระเบียบ WEEE และ RoHS)

3. รัฐบาลควรพิจารณาให้ความเห็นชอบร่างยุทธศาสตร์การจัดการเศษเหลือทิ้งผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ของประเทศไทย และแผนปฏิบัติการ และมอบนโยบายในการดำเนินยุทธศาสตร์ในเชิงบูรณาการ และในขณะเดียวกัน ควรเร่งกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติส่งเสริมการจัดการของเสียอันตรายจากผลิตภัณฑ์ที่ใช้แล้ว เพื่อให้มีผลบังคับใช้โดยเร็ว เนื่องจากกลไกทั้งสองจะต้องสอดคล้องกันเพื่อผลักดันให้มีการจัดระบบบริหารจัดการซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ พัฒนาอุตสาหกรรมไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ ให้สามารถผลิตสินค้าที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม และสร้างการรับรู้ของประชาชนเกี่ยวกับพิษภัยจากซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์และความสำคัญของการนำกลับมาใช้ใหม่ ตลอดจนกระตุ้นตลาดให้เลือกซื้อผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ที่เป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อม

4. การจัดการเศษเหลือทิ้งตามแนวทาง WEEE เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ดังนั้น ภารกิจเร่งด่วน คือ การสร้างความตระหนักให้เกิดขึ้นในสังคมไทยเกี่ยวกับผลกระทบ อันจะเกิดขึ้นกับสุขภาพของประชาชนและสิ่งแวดล้อม ดังนั้น ควรมีหน่วยงานกลางที่เป็นผู้นำในการรณรงค์การรีไซเคิลเพื่อรักษาสีสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะต้องมีงบประมาณสนับสนุนอย่างเพียงพอและต่อเนื่อง และเผยแพร่ข้อมูลความรู้ต่อสาธารณชนอย่างสม่ำเสมอและทั่วถึง และวางแผนปฏิบัติการร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อให้มีส่วนร่วมในการสร้างจิตสำนึกในการรักษาสีสิ่งแวดล้อมในทุกระดับ

การส่งเสริมภาคอุตสาหกรรม

1. ที่ผ่านมา มีเพียงผู้ประกอบการที่ส่งออกสินค้าไปสหภาพยุโรปเท่านั้นที่ตื่นตัวต่อการผลิตสินค้าปลอดสารพิษ ผู้ประกอบการรายอื่นที่ไม่ได้รับผลกระทบเนื่องจากส่งออกไปประเทศอื่นจึงยังไม่ได้ตระหนักถึงปัญหาที่จะเกิดขึ้น และคัดค้านแนวคิดที่จะออกกฎระเบียบที่คล้ายคลึงกับระเบียบ RoHS ดังนั้น ภาครัฐควรเพิ่มกิจกรรมการให้ความรู้เกี่ยวกับ มาตรการด้านสิ่งแวดล้อมและเทคโนโลยีการผลิตที่สะอาด แก่ผู้ประกอบการ โดยเฉพาะ SMEs ให้มากขึ้น โดยให้การส่งเสริมให้มีการดำเนินโครงการอย่าง Green Camp มากขึ้น และขยายผลโครงการไปยังอุตสาหกรรมอื่นต่อไป

2. ภาครัฐควรเพิ่มการสนับสนุนเครือข่าย Thai RoHS เพื่อให้เครือข่ายเติบโตอย่างเข้มแข็งเพื่อเป็นเสาหลักของอุตสาหกรรมในการรับมือกับกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อม

3. ควรพิจารณาการให้รางวัลบริษัทที่มีกระบวนการผลิตที่สะอาดดีเด่น เพื่อเพิ่มแรงจูงใจของผู้ประกอบการในการพัฒนาเทคโนโลยีและปรับปรุงกระบวนการผลิตของตน

4. ในการเจรจาข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศพัฒนาแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นและ EFTA (สี่ประเทศในยุโรป) หากมีการเปิดเสรีการลงทุน ควรมีการเจรจาต่อรองให้สามารถตั้งเงื่อนไขเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเทคโนโลยีสะอาด และจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าผู้เข้ามาลงทุนจะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบด้านสิ่งแวดล้อมภายในประเทศด้วย

บรรณานุกรม

กรมควบคุมมลพิษ (2546) รายงานสถานการณ์มลพิษประเทศไทย พ.ศ. 2545. กรุงเทพฯ: กรมควบคุมมลพิษ

กรมควบคุมมลพิษ (2548) รายงานสถานการณ์มลพิษของประเทศไทย พ.ศ. 2547. กรุงเทพฯ: กรมควบคุมมลพิษ

กรมควบคุมมลพิษและองค์การส่งเสริมการค้าต่างประเทศของญี่ปุ่น (JETRO) (2547) “การสำรวจการทิ้งซากผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์.” จัดทำโดยบริษัทโคคุโซ โคเกียว (ประเทศไทย) จำกัด.

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ (2548) **FTA Fact Book: เขตการค้าเสรี**. กรุงเทพฯ: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ.

จิรุตถ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา, ไม่ระบุปี, “การค้าและสิ่งแวดล้อมในกรอบ WTO” บทความในเว็บไซต์ของกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, <http://www.dtn.moc.go.th>

บุญจง ขาวสิทธิวงษ์ (2537) อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายและการกำจัดของเสียอันตรายข้ามประเทศ. กรุงเทพฯ: กรมโรงงานอุตสาหกรรม

มิ่งขวัญ วิชารังสฤษดิ์ และธีราพร วิริวุฒิกกร (2543) “กฎระเบียบสหภาพยุโรปเกี่ยวกับเศษเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์.” **HSWM NEWSLETTER**. ฉบับที่ 2 ตุลาคม, หน้า 6-8.

สถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (2548) “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาผลกระทบต่ออุตสาหกรรมไทยและเสนอแนวทางในการรับมือกับมาตรการภายใต้ระเบียบ WEEE และ RoHS ของสหภาพยุโรป” เสนอกรมการค้าต่างประเทศ

สถาบันสิ่งแวดล้อมไทย (2546) “รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษาผลกระทบของระเบียบ WEEE และ RoHS ต่ออุตสาหกรรมส่งออกสินค้าไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” เสนอสถาบันไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์ (กันยายน)

สุชาวัลย์ เสถียรไทย และคณะ (2546) “การค้าและการเคลื่อนย้ายของเสียอันตรายอย่างผิดกฎหมาย: วิเคราะห์ Basel Convention ประเด็นที่มีผลกระทบต่อประเทศไทย-ประเด็นที่เป็นปัญหา” เอกสารประกอบการประชุม “เวทีสาธารณะ: วิเคราะห์ความเคลื่อนไหวในการเสริมสร้างสวัสดิภาพด้านสารเคมี สำนักจัดการกากของเสียและสารอันตราย กรมควบคุมมลพิษ (2548) การจัดการของเสียอันตรายจากชุมชน เอกสารทางวิชาการสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: ไอเดียสแควร์

สำนักงานพาณิชย์ในต่างประเทศ ณ กรุงบรัสเซลส์ (2546) “สาระสำคัญของกฎระเบียบว่าด้วยเศษซากเหลือทิ้งของผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” ละการจำกัดการใช้สารอันตรายบางประเภทในผลิตภัณฑ์ไฟฟ้าและอิเล็กทรอนิกส์” อ้างใน สำนักมาตรการนำเข้าส่งออกสินค้าทั่วไป กรมการค้าต่างประเทศ. ธันวาคม [http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/\\$\\$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571](http://www.dft.moc.go.th/level4Frame.asp?sPage=the_files/$$11/level4/เรื่องเด่นประเด็นติดตาม_EU.htm&level4=1571)

“เตือน! ขยะพิษล้นเมือง กำจัดไม่ถูกวิธีมีอันตราย สารพิษมากมายจ้องทำร้ายคุณ!”, แนวหน้า, 29 พฤษภาคม 2548

Basel Action Network (BAN) (2001) “Comments on Report by the ERM on Part II of the Study on Implementation of Decision IV/8.” Prepared for the 18th Session of the Technical Working Group and 3rd Session of the Legal Working Group of the Basel Convention, 18-20 June. www.ban.org/Library/twg18ERM.PDF

Basel Action Network (BAN) (2005) “The Digital Dump: Exporting Re-Use and Abuse to Africa.” <http://www.ban.org/Library/TheDigitalDump.pdf>

Basel Action Network and Silicon Valley Toxics Coalition (2002) **Exporting Harm: The High-Tech Trashing of Asia.** <http://www.ban.org/E-waste/technotrashfinalcomp.pdf>, 25 February.

Clean Computer Campaign (1999) “Analysis of the AEA Claims that the Proposed European Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment (WEEE Directive) will Conflict with the WTO Trade Rules.” 24 November, http://www.svtc.org/cleancc/weee/directive/ccc_aea.htm

Department of Industrial Works and Pollution Control Department (2005) “Control Measures for Used Electrical and Electronic Equipments including their Parts.” PowerPoint Presentation at the 2nd Workshop on the Asian Network for Prevention of Illegal Transboundary Movement of Hazardous Wastes, 23 November 2005, Tokyo, Japan (http://www.env.go.jp/en/recycle/asian_net/reports/thirdyearwork/thailand-pcd.pdf)

Environmental Data Services (2003) “Electronics sector looks to tackle tensions in a globalising world.” **ENDS Report.** Issue 343. Features. August. <http://www.environmental-expert.com/articles/article1345/article1345.htm>

EUROPA (2006) "Questions & Answers on EU Policies on Electrical and Electronic Waste"
MEMO/06/263 Brussels, 30 June 2006,
[http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/263&format=HTML&aged=0
&language=EN&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/06/263&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en)

Gray, Kevin R. (2006) "Trade and Environment: Moving the Debate Forward" **International Environmental Law Committee Newsletter**. Vol. 8, No.1, pp. 10-16.

Guevera, I.P. Maria (1999) "The Basel Convention Export Ban Amendment: Arguments Against Ratification" **7 ICME NEWSLETTER** No.1 (<http://www.icme.com>)

Hoffmann, Ulrich (2001) "The Basel Convention on Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal Case Study 1* The Case of Used Lead-acid Batteries in the Philippines: The Need for Supportive and Enabling Measures to Encourage Environmentally Sound and Economically Viable Management of Lead." in Jha ,Veena and Ulrich Hoffmann (eds) **Achieving Objectives of Multilateral Environmental Agreements: A Package of Trade Measures and Positive Measures**. UNCTAD/ITCD/TED/6.
http://www.unctad.org/trade_env/test1/publications/ulrichmea.pdf

Hunter, R. and T.M. Lopez (1999) "Legality under International Trade Law of Draft Directive on Waste from Electrical and Electronic Equipment." American Electronics Association Europe, Brussels, 17 August.

Jonathan Krueger (2001) 'The Basel Convention and the International Trade in Hazardous Wastes', in Olav Schram Stokke and Øystein B. Thommessen (eds.), Yearbook of International Co-operation on Environment and Development 2001/2002 (London: Earthscan Publications), 43–51.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) (1999) "Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements: Synthesis of Three Case Studies." Prepared by Joint Working Party on Trade and Environment (COM/ENV/TD(98)127/FINAL), Paris.
Secretariat of Basel Convention (2005) "Report of the Seventh Conference of the Parties." Geneva, 25–29 October 2004, <http://www.basel.int/meetings/frsetmain.php?meetingId=1>

Sjödén, Andreas et al. (1999) "Flame Retardant Exposure: Polybrominated Diphenyl Ethers in Blood from Swedish Workers." **Environmental Health Perspectives**. Vol. 107, No. 8, pp. 643-648

Vossenaar, R., L. Santucci, and N. Ramungul (2006) "Environmental Requirement and Market Access for Developing Countries: The Case of Electrical and Electronic Equipment." In UNCTAD. **UNCTAD Trade and Environment Review 2006**. UNCTAD/DITC/TED/2005/12, Geneva, pp. 61-105. http://www.unctad.org/en/docs/ditcted200512ch2_en.pdf

"NAFTA Ruling on PCB Export Ban Seen As Far Reaching", Sierra Club of Canada Press Release, 16 January 2001, http://www.ban.org/ban_news/nafta_ruling3.html)

รายงานการศึกษาฉบับสมบูรณ์

ผลกระทบการเจรจา FTA ไทย-สหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนต่อ
ประเทศไทย

โดย

รองศาสตราจารย์ ดร.ลาวัณย์ อดิศักดิ์กุล

บทคัดย่อ

การที่ประเทศไทยได้เตรียมการทำความตกลง FTA กับสหรัฐอเมริกา โดยได้ศึกษาวิจัยในด้านต่าง ๆ แต่ยังคงขาดการศึกษาทางด้านกฎหมาย โดยเฉพาะการศึกษาวิเคราะห์ข้อบทที่เป็นร่างความตกลง FTA อันจะเป็นกรอบทางกฎหมายกำหนด สิทธิ หน้าที่ และ ความผูกพันของคู่ภาคีทั้งสองฝ่าย และเป็นตราสารกำหนดความตกลงในการเปิดเสรีทั้งทางด้านการค้า การลงทุน บริการ และมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม ทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนความผูกพัน และ ข้อยกเว้นต่าง ๆ ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกานั้นทำให้ไม่อาจจะประเมินความได้เปรียบ เสียเปรียบ ได้อย่างแท้จริง จึงเป็นเหตุผลในการศึกษา วิจัย โครงการนี้

การวิจัยได้กำหนดกรอบการศึกษาทางกฎหมายเฉพาะด้านการลงทุนโดยครอบคลุมหัวข้อการศึกษาเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในความตกลงอื่นๆที่มีมาก่อน กับ ความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย-สหรัฐ การศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นหากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่าง ๆ ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State-Investor Dispute Settlement) โดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการและการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีการลงทุนกับสิ่งแวดล้อม ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญาและข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน

จากการศึกษาพบว่าสหรัฐอเมริกาได้จัดทำ Model ใหม่ของ FTA ในการเจรจากับประเทศคู่ภาคี โดยกำหนดกรอบทางกฎหมายที่เปิดเสรีทั้งทางด้านการค้า การลงทุน การค้าบริการ มาตรการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่เข้มงวดมากขึ้น GATT-Plus, WTO-Plus การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุนที่สูงขึ้น กำหนดบทนิยามคำว่า การลงทุน และ นักลงทุนอย่างกว้างขวาง ทำให้ยากแก่การควบคุมด้านต่าง ๆ โดยเฉพาะมาตรการการเวนคืนยึดทรัพย์ กำหนดกลไกในการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ กรอบทางกฎหมายใหม่นี้ อาจจะทำให้ประเทศไทยซึ่งยังขาดการเตรียมพร้อมสำหรับการเปิดเสรีนั้นเสียเปรียบโดยเฉพาะมาตรการทางกฎหมายด้านการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาจะกระทบต่อการพัฒนาระยะยาวของประเทศ กระทบต่อการลงทุน สภาพชีวิต ความเป็นอยู่และการพัฒนาด้านต่าง ๆ และอาจก่อให้เกิดการสูญเสียผลประโยชน์ทรัพย์สินทางปัญญาสำหรับฝ่ายไทยที่ไม่ได้เชี่ยวชาญ ชำนาญการในการศึกษา ค้นคว้าภูมิปัญญาไทยที่มีอยู่ดั้งเดิมเพื่อการจดทะเบียนสิทธิบัตรตามกฎหมายแบบใหม่ อีกทั้งกระบวนการในการทำสนธิสัญญาฝ่ายไทยเสียเปรียบสหรัฐอเมริกา อันอาจอธิบายได้ และ การต่อรองเสียเปรียบกว่า ที่ไม่อาจนำข้อบท ความตกลงที่ฝ่ายสหรัฐเป็นฝ่ายเตรียมการด้านเดียว มาเผยแพร่ ศึกษา ได้อย่างกว้างขวาง ต้องอาศัยการศึกษาเปรียบเทียบจากรูปแบบ FTA ที่สหรัฐเจรจากับประเทศอื่นๆ ทำให้ภาคส่วนต่างๆขาดการศึกษาอย่างลึกซึ้ง และไม่ทราบผลกระทบระยะยาว ด้านกลไกการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการที่เกี่ยวข้องกับมหาชนอาจจะถูกกระทบจากกลไกดังกล่าว และเป็นผลเสียต่อประเทศมากกว่า หากเปรียบเทียบกับกลไกการยุติข้อ

พิพาทโดยกระบวนการยุติธรรมในกรณีที่รัฐพิพาทกับเอกชนหากข้อพิพาทกระทบต่อมหาชนโดยเฉพาะ ประเด็นการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

สรุป ฝ่ายไทยจำเป็นต้องศึกษากฎหมายภายในประเทศอย่างรอบคอบเพื่อเตรียมการ แก้ไข ปรับปรุง และรองรับการเปิดเสรีก่อนการเจรจา ศึกษาความตกลงต่างๆที่มีมาก่อน ตั้งเป้าหมาย วัตถุประสงค์ ในการเจรจา กำหนดแผนยุทธศาสตร์ และ พัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน ที่สำคัญคือ พัฒนาความสามารถในการทำประโยชน์จากการเปิดเสรี กำหนดแผนการพัฒนาอย่างยั่งยืน มีความ ชาญฉลาดในการเปิด หรือ สงวนภาคส่วนที่ยังไม่พร้อมในการแข่งขัน และ เน้นการพัฒนาคุณภาพ ทรัพยากรมนุษย์ การบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม อย่างยั่งยืน

Abstract

Before entering into FTA with the US, Thailand has studied and conducted research in various aspects of the FTA that might affect the Thai economy and society. However, the lack of legal research into the text of FTA proposed by the US that will become a legal framework governing business activities, trade, investment, services, environment issues and IP law including the exception, reservation and non – compliance with the FTA commitments of the two parties results in the inefficient assessment of the impacts of the Thai – US FTA on Thai economy. This research aims at studying and analyzing the US FTA model and its implication for Thailand and Thai society to enhance sustainable development in the country.

The scope of the study covers a comparison of the new US FTA model and the existing various forms of economic agreements focusing especially in investment chapter, investment protection, and other investment instruments at the different spheres; multilateral, regional and bilateral level. The analysis has been made in the areas of dispute settlement mechanism: state – investor dispute settlement, investment – related environment issues, a comparison of dispute settlement by arbitration and judicial procedure. The study focuses also on treaty making process in order to investigate the legitimate treaty making process under international law and the Thai practice in negotiation of FTA with the US. The research also proposes the helpful strategies for FTA negotiation.

The survey of the existing investment instruments and the analysis of the new US FTA model show that the US has incorporated a comprehensive liberalization of trade, investment, services, IP protection and environment issue, as well as dispute Settlement mechanism into the FTA facilitating the liberalization of trade and investment based on the neo liberalism ideology. The new US FTA model strengthens both investment protection and liberalization vertically and horizontally more deeply than other investment instruments ever before. A very high standard of IP protection beyond GATT/WTO principle, including a new approach of IP protection will cause the negative impact on the Thai society and the disadvantages in IP development in Thailand. Moreover, Investment measures under TRIM: Trade – related investment measures are prohibited. Under FTA, they go beyond TRIM that all investment measures have to be eliminated not only because they have distorted trade and against the National Treatment (NT) principle but all aspects of investment measures will be eliminated, a so called GATT- Plus, WTO – Plus. Definition of “Investment” and “Investor” are

broad terms that are very difficult to be controlled and monitored. This relates to the nationalization or expropriation of foreign investors' properties, especially, the indirect expropriation or creeping expropriation has been defined in a broad sense that can cover all measures even a legitimate implementation of the host country's laws and regulations but affect foreign investment and investor. This exacerbates the condition that state- investor dispute settlement will be made by arbitration.

In conclusion, Thailand needs to study and elaborate domestic laws and regulations, existing economic treaties, and related legal and institutional framework to accommodate the liberalization of trade and investment committed under FTA. Thailand needs to clearly set the aims and objectives to negotiate FTA with the US and to have a strong position to attain the ultimate goal of the negotiation of FTA. Capacity building and strengthening of the capacity to maximize advantages/profit of the liberalized market created by FTA are very crucial to the preparation of Thailand to compete with its economic partners and in the global market. Sustainable development is essential to the Thai society, and the environment protection is the most urgent subject matter to be dealt with. The effectiveness of resources management, capacity building, and environment protection are most important. The extreme materialism and capitalism under the neo liberalism ideology might be harmful to human society. Finally, Thailand needs to balance the liberalized market and the traditional wisdom and the way of living in Thai society.

บทที่ 1

บทนำ

รศ.ดร. ลาวัญญ์ ทัศนศิลป์กุล*

1.1 ความเป็นมา และความสำคัญของปัญหา

รัฐบาลไทยได้ให้เหตุผลในการทำ FTA Thai-US ว่า สืบเนื่องจากความล่าช้าของการเจรจาการค้าพหุภาคีในองค์การการค้าโลกทั้งรอบอุรุกวัย และโดฮา ทำให้ประเทศต่างๆ ได้มีการจัดทำความตกลงการค้าเสรีในระดับพหุภาคี (Regional Trade Agreements: RTAs) และระดับทวิภาคี (Bilateral Free Trade Agreements: FTAs) มากขึ้นเป็นลำดับ จนถึงปัจจุบันมีประมาณ 259 ฉบับ¹

และมีแนวโน้ม จะทวี จำนวน ขึ้นเรื่อย ๆ โดยภูมิภาคยุโรปมี RTAs/ FTAs มากถึง 139 ฉบับ รองลงมา คือ ภูมิภาคเอเชีย จำนวน 43 ฉบับ ทั้งนี้ ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา สิงคโปร์และไทยถือว่าเป็นประเทศในภูมิภาคเอเชีย ที่มีความเคลื่อนไหวในการเจรจา จัดทำ FTAs มากที่สุดตามมาด้วยญี่ปุ่น จีน และอินเดีย

ทั้งนี้ เมื่อวันที่ 19 ตุลาคม 2546 ระหว่างการเยือนประเทศไทยอย่างเป็นทางการในฐานะ พระราชอาคันตุกะของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว และ สมเด็จพระนางเจ้าพระบรมราชินีนาถ นาย George W. Bush ประธานาธิบดีสหรัฐฯ และนายกรัฐมนตรี ของไทย ได้ประกาศเจตนารมณ์ร่วมกันที่จะเจรจาจัดทำ FTA ไทย – สหรัฐฯ โดยก่อนหน้านี้ เมื่อวันที่ 23 ตุลาคม 2545 ไทยได้ลงนามกรอบความตกลงด้านการค้าและการลงทุน (Trade and Investment Framework Agreement : TIFA) กับ สหรัฐฯ แล้ว

รัฐบาลไทยให้เหตุผลต่อไปว่า การเจรจา FTA ไทย – สหรัฐฯ มีความสำคัญต่อไทยเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะเมื่อคำนึงถึงการที่สหรัฐฯ เป็นตลาดส่งออก อันดับหนึ่งของไทย (การส่งออกของไทยไปสหรัฐฯ ระหว่างเดือนมกราคม - พฤศจิกายน 2547 มีมูลค่า 14,190.9 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือประมาณ 567,636 ล้านบาท โดยไทยได้เปรียบดุลการค้า 7,518.9 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือประมาณ 300,760 ล้านบาท) และการลงทุนของสหรัฐฯ ในไทยมากเป็นอันดับสองรองจากญี่ปุ่น (การลงทุนของสหรัฐฯ ในปี 2546 มีมูลค่า 558.075 ล้านเหรียญสหรัฐฯ หรือประมาณ 22,323 ล้านบาท) จากการแข่งขันที่รุนแรงจาก

* สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช

¹ อ้างจากผลการศึกษาเรื่อง “Thai – US Free Trade Agreement (FTA)” ของสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) เมื่อปี 2546 หน้า 6 โดยนับจากจำนวนที่ได้แจ้ง (notify) องค์การ การค้าโลก

ประเทศอื่น ๆ เช่น จีนและเม็กซิโกในตลาด สหรัฐฯ สินค้าไทยมีแนวโน้มจะแข่งขันได้ยากขึ้น ไทยจึงมีความจำเป็นที่จะต้องจัดทำ FTA กับสหรัฐฯ เพื่อรักษาตลาดสหรัฐฯ ตลอดจนขยายตลาดในสินค้าและบริการที่ไทยมีศักยภาพ โดยคาดว่า FTA กับสหรัฐฯ จะช่วยขยายความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจ ในระยะยาวลดอุปสรรคทางการค้าและดึงดูดการลงทุนจากสหรัฐฯ เพิ่มขึ้น

การเจรจาจัดทำ FTA กับสหรัฐฯ ได้เริ่มการประชุมเจรจารอบแรกขึ้นระหว่างวันที่ 28 มิถุนายน - 2 กรกฎาคม 2547 ณ เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย การประชุมเจรจารอบที่สอง มีขึ้นระหว่างวันที่ 11-15 ตุลาคม 2547 ณ เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวายเช่นกัน การประชุมเจรจารอบที่ 3 มีขึ้นระหว่างวันที่ 4 - 9 เมษายน 2548 ที่เมืองพัทยา การประชุมเจรจารอบที่ 4 มีขึ้นระหว่างวันที่ 11 - 15 กรกฎาคม 2548 ที่เมือง Great Falls มลรัฐ Montana การประชุมเจรจารอบ 5 มีขึ้นระหว่างวันที่ 26-30 กันยายน 2548 East-West Center มหาวิทยาลัยฮาวาย เมืองโฮโนลูลู มลรัฐฮาวาย และการประชุมเจรจารอบที่ 6 มีขึ้นระหว่างวันที่ 9 - 13 มกราคม 2549 ณ จังหวัดเชียงใหม่ การเจรจาใน 5 รอบแรก ดำเนินไปอย่างเร่งด่วน แต่ในรอบที่ 6 เกิดการต่อต้านจากกลุ่มผู้ต่อต้าน และนอกจากนั้น การยุบสภาของนายกรัฐมนตรีทำให้ การเจรจา FTA กับสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกับญี่ปุ่น ซึ่งบรรลุข้อตกลงไปแล้ว เพียงรอการลงนามนั้น ต้องหยุดชะงักลงชั่วคราว จนกว่าจะมีการจัดตั้งรัฐบาลใหม่เป็นที่เรียบร้อย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าการที่รัฐบาลไทยให้เหตุผลในการที่ต้องเจรจาจัดตั้งเขตการค้าเสรีกับสหรัฐฯ มานั้น ซึ่งเป็นเหตุผล ในด้านบวกทั้งสิ้น รวมทั้งผลการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ โดยสถาบัน และหน่วยงานต่างๆ จำนวนมาก ตัวอย่างเช่น ผลการศึกษา ของ TRDI เรื่องผลกระทบจากการทำความตกลงการค้าเสรีไทย - สหรัฐฯ จะสะท้อนผลลัพธ์ในทางบวก ถึงความจำเป็นในการทำความตกลงการค้าเสรีดังกล่าวก็ตาม แต่ยังไม่ปรากฏความกังวลใจในประเด็นต่างๆ มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความกังวลในด้าน การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา การค้าบริการ ด้านสิ่งแวดล้อม การลงทุน ฐานทรัพยากรธรรมชาติ การเกษตร และสภาพทางสังคม วัฒนธรรม โครงสร้างทางสังคม และ เศรษฐกิจ ตลอดจนความไม่พร้อมในการแข่งขัน เมื่อมีการเปิดเสรี ทั้งการค้า บริการ และการลงทุน ซึ่งความกังวลในด้านต่างๆ ที่กล่าวมานี้ไม่มีการทำวิจัย ให้ปรากฏชัดว่าประเทศไทยจะมีความได้เปรียบอย่างไร หรือจะได้ประโยชน์อย่างไร อย่างแท้จริง หรือ จะไม่เกิดผลเสียแก่ประเทศไทยในระยะยาว ซึ่งทำให้เกิดกระแสการต่อต้านการทำความตกลง FTA โดยทั่วไป

ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ ไม่ปรากฏ การทำวิจัยในแง่กฎหมาย หรือ การศึกษาถึงข้อบัพของ ความตกลงการค้าเสรีดังกล่าว ซึ่งจะเป็นกุญแจสำคัญ บ่งบอกถึงความได้เปรียบ เสียเปรียบ หรือ ผลดี ผลเสียของการทำ FTA อย่างแท้จริง โดยเหตุผลที่ว่า ข้อบัพการเจรจา FTA ไทย สหรัฐฯ อยู่ในฐานะที่เป็นเอกสารชั้นความลับ และการกล่าวอ้างว่า ประเทศไทยมีความจำเป็นต้องมีการทำความตกลงดังกล่าว หากประเทศไทยไม่เร่งรีบในการจัดทำความตกลง FTA กับสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญจะทำให้ไทยเกิดการชะงักงันในการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ได้ เนื่องจากทั่วโลกพากันทำ FTA ในทุกระดับประมาณ 300 ความตกลงไปแล้วนั้น เป็นแรงกดดันให้รัฐบาลยิ่งต้องเร่งรีบทำ FTA โดยเร็ว ประกอบกับการที่สหรัฐอเมริกาที่มีความเร่งด่วนในการบรรลุข้อตกลงการค้าเสรีทั้งหลายให้เสร็จสิ้นก่อนที่ Trade Promotion Act (TPA) จะครบกำหนด ซึ่งอาจจะไม่มีการต่อ

อายุของ TPA อีก ยิ่งกว่านั้นทางฝ่ายรัฐบาลไทยยังกล่าวอ้างถึงความเร่งด่วนที่จะต้องจัดทำ FTA เพื่อมาแทนที่ สนธิสัญญาไมตรี ที่ไทยทำกับสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เพื่อให้ไทยต้องประสบกับปัญหาในการที่จะต้องให้สิทธิพิเศษ แก่ภาคีสมาชิกอื่นขององค์การ การค้าโลกภายใต้ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง จึงมีความจำเป็นต้องทำความตกลง FTA ขึ้นแทนที่สนธิสัญญาไมตรี เพื่อให้ การให้สิทธิพิเศษเหล่านั้นแก่สหรัฐอเมริกาตามความตกลง FTA เป็นกรณีที่ได้รับการยกเว้นภายใต้มาตรา XXIV GATT/WTO และ มาตรา V GATS ดังนั้นจึงเป็นเหตุผลที่ รัฐบาลกล่าวอ้างว่าจะต้องเร่งรีบทำความตกลงการค้าเสรีมาแทนที่ ก่อนที่ สนธิสัญญาไมตรีจะสิ้นสุดลง ความกดดันเหล่านี้ ยิ่งทำให้ความกังวลใจ และแคลงใจของฝ่ายต่างๆ ทั่วความกังวลมากขึ้น

โดยเหตุผลดังกล่าวมานี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษา วิจัย เพื่อให้ทราบผลกระทบของการทำความตกลงการค้าเสรีในส่วนของการวิจัยทางด้านกฎหมาย ซึ่งยังเป็นส่วนที่ขาดหายไป หรือยังมีการศึกษาน้อยกว่าที่ควรจะเป็น เพื่อให้มีการศึกษาอย่างถูกต้องครอบคลุม อย่างไรก็ตามการศึกษาวิจัยย่อมจำกัดอยู่ในขอบเขต แต่ละประเด็น เพื่อให้มีความชัดเจนในเรื่องที่ทำการศึกษา และขอบเขตการวิจัยศึกษาจะจำกัดอยู่ในลักษณะดังต่อไปนี้

1.2 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

สำหรับการวิจัยฉบับนี้จะจำกัดขอบเขตการศึกษาเฉพาะการศึกษาทางด้านกฎหมาย และการเปรียบเทียบความตกลงทางการค้าที่เคยมีมาก่อน กับ ความตกลงการค้าเสรี ไทย อเมริกา ฉบับปัจจุบันที่กำลังเจรจากันอยู่ และจำกัดการศึกษาเฉพาะเรื่องการลงทุนเท่านั้น โดยศึกษา วิจัยเปรียบเทียบความตกลงในลักษณะต่อไปนี้

1. เปรียบเทียบโดยภาพรวมของความตกลงการค้าเสรี หรือการร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ที่เกี่ยวกับการลงทุน ในหลายระดับทั้งระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคี กับ FTA รูปแบบใหม่ของสหรัฐอเมริกา
2. เปรียบเทียบสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน กับ ข้อบทการลงทุนใน FTA สหรัฐ
3. ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการลงนามในความตกลง FTA กับสหรัฐ หากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของสหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่างๆ
4. ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State-Investor Dispute Settlement) โดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการและการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีการลงทุนกับสิ่งแวดล้อม
5. ศึกษาหลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา
6. ข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน

1.3 วิธีการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยฉบับนี้ จะทำการศึกษาแบบวิจัยเอกสาร Documentary Research โดยทำการศึกษา ความตกลงทางการค้า การลงทุน การรวมตัวทางเศรษฐกิจ หรือการร่วมมือทางเศรษฐกิจในระดับต่างๆ และเปรียบเทียบกับข้อบทของความตกลงการค้าเสรีสหรัฐที่ทำมาก่อนหน้านั้นแล้ว และเป็นแบบอย่างในการทำ FTA ไทยกับสหรัฐด้วย ซึ่งสะท้อนให้เห็นพันธกรณีที่ไทยจะต้องถูกผูกพันกับความตกลงดังกล่าวกับสหรัฐอเมริกา หากไทยตกลง ลงนามด้วย ซึ่งผลของการต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้ความตกลง FTA ไทย กับสหรัฐนี้ ย่อมสะท้อนให้เห็นการเปลี่ยนแปลงทางด้านกฎหมาย และบ่งชี้ต่อไปถึงการเปลี่ยนแปลงกรอบแห่งกฎหมาย กฎ ระเบียบ และวิถีปฏิบัติต่อธุรกรรมการค้า การลงทุน ระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาในระยะยาวภายใต้ความตกลงฉบับนี้ กรอบของกฎหมายจะเป็นตัวกำหนด บ่งชี้ว่าผู้ประกอบการจะมีสิทธิ และหน้าที่อย่างไร รัฐมีอำนาจอย่างไร สามารถเข้าแทรกแซงการดำเนินการทางการค้า การลงทุน และการค้าบริการ ระหว่างกันได้มากน้อยเพียงใด สิ่งแวดล้อมทางกฎหมาย (Legal environment) นี้ต้องศึกษาควบคู่กับการศึกษาวิจัยทางเศรษฐศาสตร์ และมิติทางสังคมต่อไป จึงจะทราบถึงผลกระทบต่อประเทศไทยในระยะยาวได้

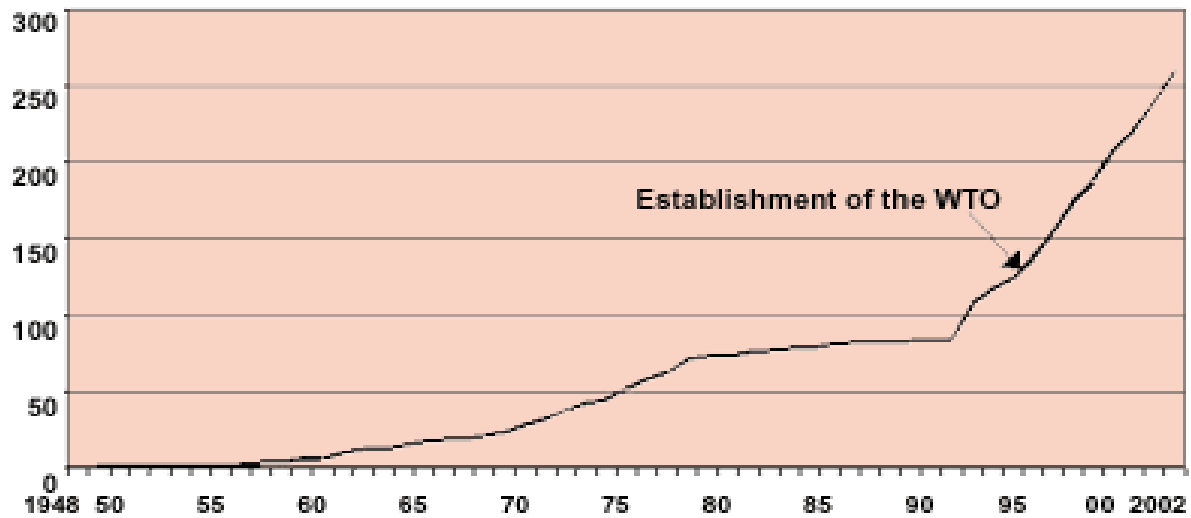
1.4 การศึกษา และ ข้อสรุปเบื้องต้น

จากผลการวิจัย ศึกษา ของ TDRI ที่กล่าวมาเบื้องต้น ว่าได้มีการจัดทำความตกลงการค้าเสรีในระดับพหุภาคี (Regional Trade Agreements: RTAs) และระดับทวิภาคี (Bilateral Free Trade Agreements: FTAs) มากขึ้นเป็นลำดับ จนถึงปัจจุบันมีประมาณ 259 ฉบับ นั้น อันเป็นปัจจัยกดดันที่สำคัญของรัฐบาลไทยที่อ้างว่าต้องเร่งรีบทำ FTA กับสหรัฐอเมริกา นั้น ปรากฏว่า จากการศึกษาค้นคว้า ความตกลงการค้าเสรี ทั้งระดับพหุภาคี และ ทวิภาคี อย่างแท้จริงพบ ความตกลงดังกล่าวมีความแตกต่างโดยนัยอันสำคัญกับรูปแบบ และ ข้อเรียกร้องภายใต้ FTA ของสหรัฐอย่างมาก GATT ได้รับการ Notify ความตกลงดังกล่าว ในช่วงปี ค.ศ. 1948-1994 จำนวน 124 ฉบับที่เป็น RTAs ที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าเท่านั้น (Trade in Goods) และหลังจากมีการจัดตั้ง WTO แล้วในปี ค.ศ. 1995 จึงมีการ Notify ความตกลงการค้าเสรีอีก จำนวน 130 ฉบับ ซึ่งครอบคลุมเกี่ยวกับการค้าเสรี ในสินค้า หรือ บริการ (Covering trade in goods or services)²

² ข้อมูลอ้างอิงจาก WTO Secretariat "REGIONAL TRADE AGREEMENTS: FACTS AND FIGURES"

Evolution of Regional Trade Agreements in the world, 1948-2002

Number of RTAs



Source: WTO Secretariat

ตารางแสดงการ แจ้งบอกกล่าว การจัดตั้งเขตการค้าภายใต้ข้อกำหนดของ GATT/WTO

As of 1 March 2006				
NOTIFICATIONS OF RTAs IN FORCE TO GATT/WTO				
	Accessions	New RTAs	Total	
GATT Art. XXIV (FTA)	4	120	124	
GATT Art. XXIV (CU)	5	6	11	
Enabling Clause	1	21	22	
GATS Art. V	2	34	36	
Total	12	181	193	
EXAMINATION PROCESS				
Status	WTO provision			Grand Total
	Enabling Clause	GATS Art. V	GATT Art. XXIV	
Examination not requested	19	1	5	25
Factual examination not started	0	10	45	55
Under factual examination	1	11	24	36
Factual examination concluded	0	11	39	50
Consultations on draft report	0	3	4	7
Report adopted	2	0	18	20
Grand Total	22	36	135	193
ที่มา : WTO Secretariat				

ตัวอย่างความตกลง RTAs ดังตารางต่อไปนี้

Regional trade agreements

AFTA	ASEAN Free Trade Area	Brunei Darussalam Cambodia Indonesia Laos Malaysia Myanmar Philippines Singapore Thailand Vietnam
ASEAN	Association of South East Asian Nations	Brunei Darussalam Cambodia Indonesia Laos Malaysia Myanmar Philippines Singapore Thailand Vietnam
BAFTA	Baltic Free-Trade Area	Estonia Latvia Lithuania
BANGKOK	Bangkok Agreement	Bangladesh China India Republic of Korea Laos Sri Lanka
CAN	Andean Community	Bolivia Colombia Ecuador Peru Venezuela
CARICOM	Caribbean Community and Common Market	Antigua & Barbuda Bahamas Barbados Belize Dominica Grenada Guyana Haiti Jamaica Monserrat Trinidad & Tobago St. Kitts & Nevis St. Lucia St. Vincent & the Grenadines Surinam
CACM	Central American Common Market	Costa Rica El Salvador Guatemala Honduras Nicaragua
CEFTA	Central European Free Trade Agreement	Bulgaria Croatia Romania
CEMAC	Economic and Monetary Community of Central Africa	Cameroon Central African Republic Chad Congo Equatorial Guinea Gabon
CER	Closer Trade Relations Trade Agreement	Australia New Zealand
CIS	Commonwealth of Independent States	Azerbaijan Armenia Belarus Georgia Moldova Kazakhstan Russian Federation Ukraine Uzbekistan Tajikistan Kyrgyz Republic
COMESA	Common Market for Eastern and Southern Africa	Angola Burundi Comoros Democratic Republic of Congo Djibouti Egypt Eritrea Ethiopia Kenya Madagascar Malawi Mauritius Namibia Rwanda Seychelles Sudan Swaziland Uganda Zambia Zimbabwe

EAC	East African Cooperation	Kenya Tanzania Uganda
EAEC	Eurasian Economic Community	Belarus Kazakhstan Kyrgyz Republic Russian Federation Tajikistan
EC	European Communities	Austria Belgium Cyprus Czech Republic Denmark Estonia Finland France Germany Greece Hungary Ireland Italy Latvia Lithuania Luxembourg Malta Netherlands Poland Portugal Slovak Republic Slovenia Spain Sweden United Kingdom
ECO	Economic Cooperation Organization	Afghanistan Azerbaijan Iran Kazakhstan Kyrgyz Republic Pakistan Tajikistan Turkey Turkmenistan Uzbekistan
EEA	European Economic Area	EC Iceland Liechtenstein Norway
EFTA	European Free Trade Association	Iceland Liechtenstein Norway Switzerland
GCC	Gulf Cooperation Council	Bahrain Kuwait Oman Qatar Saudi Arabia United Arab Emirates
GSTP	General System of Trade Preferences among Developing Countries	Algeria Argentina Bangladesh Benin Bolivia Brazil Cameroon Chile Colombia Cuba Democratic People's Republic of Korea Ecuador Egypt Ghana Guinea Guyana India Indonesia Islamic Republic of Iran Iraq Libya Malaysia Mexico Morocco Mozambique Myanmar Nicaragua Nigeria Pakistan Peru Philippines Republic of Korea Romania Singapore Sri Lanka Sudan Thailand Trinidad and Tobago Tunisia United Republic of Tanzania Venezuela Vietnam Yugoslavia Zimbabwe
LAIA	Latin American Integration Association	Argentina Bolivia Brazil Chile Colombia Cuba Ecuador Mexico Paraguay Peru Uruguay Venezuela
MERCOSUR	Southern Common Market	Argentina Brazil Paraguay Uruguay
MSG	Melanesian Spearhead Group	Fiji Papua New Guinea Solomon Islands Vanuatu
NAFTA	North American Free Trade Agreement	Canada Mexico United States
OCT	Overseas Countries and Territories	Greenland New Caledonia French Polynesia French Southern and Antarctic Territories Wallis and Futuna Islands Mayotte Saint Pierre and Miquelon Aruba Netherlands Antilles Anguilla Cayman Islands Falkland Islands South Georgia and South Sandwich Islands Montserrat Pitcairn Saint Helena Ascension Island Tristan da Cunha Turks and Caicos Islands British Antarctic Territory British Indian

		Ocean Territory British Virgin Islands
PATCRA	Agreement on Trade and Commercial Relations between the Government of Australia and the Government of Papua New Guinea	Australia, Papua New Guinea
PTN	Protocol relating to Trade Negotiations among Developing Countries	Bangladesh Brazil Chile Egypt Israel Mexico Pakistan Paraguay Peru Philippines Republic of Korea Romania Tunisia Turkey Uruguay Yugoslavia
SADC	Southern African Development Community	Angola Botswana Lesotho Malawi Mauritius Mozambique Namibia South Africa Swaziland Tanzania Zambia Zimbabwe
SAPTA	South Asian Preferential Trade Arrangement	Bangladesh Bhutan India Maldives Nepal Pakistan Sri Lanka
SPARTECA	South Pacific Regional Trade and Economic Cooperation Agreement	Australia New Zealand Cook Islands Fiji Kiribati Marshall Islands Micronesia Nauru Niue Papua New Guinea Solomon Islands Tonga Tuvalu Vanuatu Western Samoa
TRIPARTITE	Tripartite Agreement	Egypt India Yugoslavia
UEMOA WAEMU	West African Economic and Monetary Union	Benin Burkina Faso Côte d'Ivoire Guinea Bissau Mali Niger Senegal Togo

อ้างอิงจาก WTO Secretariat “REGIONAL TRADE AGREEMENTS: FACTS AND FIGURES”

นอกจากนั้น ความตกลงทางเศรษฐกิจดังกล่าวจะมีลักษณะที่แตกต่างจาก ความตกลงจัดตั้ง FTA Thai – US ใน Model ที่ สหรัฐกำลังทำความตกลงกับไทยและกับประเทศต่างๆ ที่บรรลุข้อตกลงไปแล้วดังต่อไปนี้

- Andean Trade Promotion Agreement
 - Colombia Trade Promotion Agreement
 - Peru Trade Promotion Agreement
- Australia Free Trade Agreement
- Bahrain Free Trade Agreement
- Chile Free Trade Agreement
- Central American - Dominican Republic Free Trade Agreement
- Israel Free Trade Agreement
- Jordan Free Trade Agreement
- Malaysia Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)
- Morocco Free Trade Agreement
- Oman Free Trade Agreement
- Panama Free Trade Agreement
- Republic of Korea Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)
- Singapore Free Trade Agreement
- South African Customs Union Free Trade Agreement
- Thailand Free Trade Agreement (กำลังเจรจา)

กล่าวได้ว่า FTA ของสหรัฐในรูปแบบใหม่ ที่กำลังกระทำ และ ที่บรรลุข้อตกลงไปแล้วนั้นมีเพียงสิบกว่าฉบับเท่านั้นเอง และนอกจากที่ทำกับออสเตรเลียแล้ว สหรัฐล้วนแต่ทำ FTA กับประเทศกำลังพัฒนาทั้งสิ้น ไม่มีคู่ภาคีใดที่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วเลย สาระสำคัญของข้อบทใน FTA จึงอยู่ที่การกำหนดกรอบแห่งกฎหมายบางลักษณะใหม่ๆ ที่ไม่เคยปรากฏมาก่อน และไม่เคยบรรจุอยู่ในความตกลงใดๆ ในจำนวนความตกลงที่ Notify ต่อ GATT/WTO เลย ยิ่งกว่านั้นความตกลงใน Model ต่างๆ ที่เป็นสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน (Bilateral Investment Treaty: BIT) นั้น ก็แตกต่างโดยนัยอันสำคัญกับข้อบทการลงทุน ใน FTA สหรัฐ และสาระของ FTA สหรัฐโดยรวมในส่วนที่แตกต่างนี้ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีโดยแท้ในตัวเอง *per se* หากแต่เป็นการเจรจาเพื่อเรียกร้องให้ประเทศภาคียอมรับเอากฎเกณฑ์ใหม่³ ที่ได้เปรียบของสหรัฐอเมริกา ที่ไม่จำเป็นต้องมี เพื่อการค้า การลงทุนระหว่างประเทศอย่างแท้จริง ซึ่งเห็นได้จากการที่นอกจากออสเตรเลียแล้วไม่มีประเทศที่พัฒนาแล้วประเทศใดๆ เลยทำความตกลง FTA กับอเมริกา ที่จะยอมรับข้อบทที่เอาเปรียบเหล่านี้

³ เช่นข้อบทว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญาในมาตรา

ยิ่งกว่านั้นสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนทวิภาคี ที่ถือว่่าเป็นหลักประกันในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศที่รับการลงทุนนั้น ซึ่งปัจจุบันสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมีมากถึงกว่า 2000 ฉบับนั้นล้วนแต่เป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วที่เป็นแหล่งทุนกับประเทศกำลังพัฒนาที่รับการลงทุนทั้งสิ้น ไม่มีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนใดในสนธิสัญญาว่า 2000 ฉบับดังกล่าว นั้น ที่ทำระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกันเองเลย ทั้ง ๆ ที่กระแสการลงทุนในโลกนี้กว่า 70% ยังคงกระจุกตัวอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วทั้งสิ้น⁴ มีเพียง ประมาณ 30% ของกระแสการลงทุนที่ มาสู่ประเทศที่กำลังพัฒนา และ กว่า 70% ของเงินลงทุนจำนวนน้อยชนิดนี้ไปสู่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เหลืออีกเพียง 30% ของกระแสการลงทุนที่เหลือ ที่มาสู่ประเทศกำลังพัฒนาอื่นๆ และในจำนวนประเทศกำลังพัฒนาที่รับการลงทุนนี้มีเพียง 10 กว่าประเทศเท่านั้น ในจำนวนนี้เป็นกลุ่มประเทศอาเซียนเกือบทั้งหมด จึงเห็นได้ว่าไม่เป็นที่สงสัยว่าการลงทุนที่มาสู่ประเทศอาเซียนเป็นประเทศที่น่าสนใจของสหรัฐอเมริกา

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวจึงเห็นได้ว่า ปัจจัยในการเลือกแหล่งการลงทุนนั้นการมีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนเป็นปัจจัยหนึ่งเท่านั้นสำหรับการเลือกแหล่งที่ลงทุน แต่ไม่ใช่ปัจจัยที่สำคัญที่สุด และสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนชนิดนี้ไม่ได้กระทำระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วเลย แต่ประเทศเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นทั้งประเทศที่รับ และลงทุนระหว่างกันอย่างหนาแน่น อีกทั้งกฎหมายการลงทุนในประเทศเหล่านี้ก็หาได้มีลักษณะที่แตกต่างกับกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศที่กำลังพัฒนาแต่ประการใดในการที่จะอ้างความล้าหลัง และไม่มีมาตรฐานในการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติ ยิ่งกว่านั้นในทุกประเทศทั่วโลกแม้แต่สหรัฐอเมริกาเองก็ไม่ได้เปิดเสรีการลงทุนอย่างแท้จริง มีมาตรการทางด้านการลงทุนในทุกรูปแบบ (โปรดดู ภาคผนวก ข. กฎหมายในระดับมลรัฐที่สหรัฐอเมริกา ไม่ได้ให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และมีข้อกำหนด เลือกปฏิบัติ เช่นกำหนดคุณสมบัติในการทำประโยชน์ในที่ดิน ตลอดจนข้อกำหนดคุณสมบัติในเรื่องการประกอบ การดำเนินธุรกิจต่างๆ ที่ไม่ได้แตกต่างจากกฎหมาย และ มาตรการ การลงทุนของไทย และ ประเทศทั้งหลายในโลกเลย)

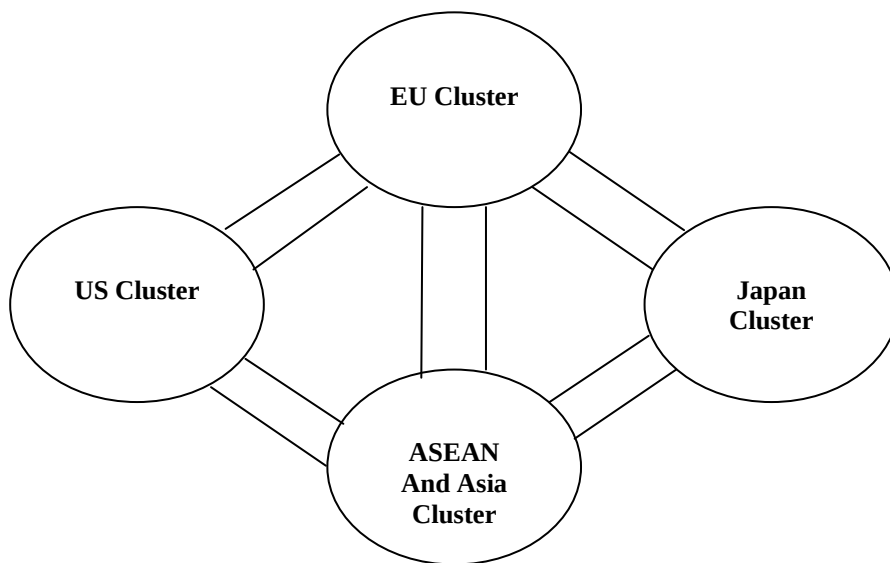
โดยเฉพาะอย่างยิ่ง FTA ในรูปแบบใหม่ที่สหรัฐเรียกร้องนั้น ส่วนที่ทำให้ประเทศคู่ภาคีเสียเปรียบอย่างมากนั้น ล้วนแต่เป็นการก้าวล่วงอำนาจอธิปไตยของรัฐที่รับการลงทุนมากกว่าที่เคยเป็นมาก่อนอย่างยิ่ง และ ไม่มีประเทศที่พัฒนาแล้วประเทศใดยอมรับข้อเรียกร้องเหล่านี้ เห็นได้จากการที่ไม่มีการทำความตกลงใน Model นี้ระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วแต่อย่างใด

การทำ FTA ในรูปแบบใหม่นี้จึงเป็นโอกาสในการกำหนด กรอบกฎหมายใหม่ (a new set of legal Framework for foreign investment) ว่าด้วยการลงทุน มากกว่าการร่วมมือทางเศรษฐกิจ และจะใช้บังคับระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้วกับประเทศที่กำลังพัฒนาเท่านั้น ซึ่งทำให้เกิดลักษณะที่บิดเบือน

⁴ World Investment Report 2005, p

ความเท่าเทียมกันในอำนาจอธิปไตยของรัฐในประชาคมโลก และขัดกับกรอบแห่งกฎหมายเดิมในเรื่องของอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจของรัฐ และขัดกับหลักกฎหมายที่เป็นหัวใจของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง อำนาจอธิปไตยของรัฐในประชาคมโลกที่เท่าเทียมกัน

การทำ FTA ในช่วงยุค Doha Development Round อันเป็นผลมาจากการชะงักงันในการเจรจาการค้าภายใต้กรอบของ WTO นี้ จึงมีลักษณะเป็นการสร้างเครือข่ายการค้าเสรี FTA Networks ในกลุ่มภาคีคู่ค้าที่มีความสำคัญทางการค้าระหว่างกันเป็นกลุ่มๆ (Cluster) โดยมีประเทศที่พัฒนาแล้วสามขั้ว ได้แก่สหรัฐอเมริกา สหภาพยุโรป และ ญี่ปุ่น เป็นแกนของแต่ละกลุ่ม และมีกลุ่มประเทศ ASEAN ที่เริ่มมีบทบาทด้านการค้า การลงทุนระหว่างประเทศที่โดดเด่นขึ้น โดยจำแนกเป็น กลุ่มเขตการค้าเสรีอเมริกา US Cluster, กลุ่มเขตการค้าเสรีญี่ปุ่น Japan Cluster กลุ่มเขตการค้าเสรีอาเซียน และกลุ่มเขตการค้าเสรีสหภาพยุโรป EU Cluster



โปรดดูภาพแสดง “Spaghetti Bowl”: Multiple overlapping EIAs, June 2005 ใน UNCTAD (2005) Figure 1.1 และ World Bank (2005) Figure 2.2

ประเทศในแต่ละ Cluster จะมีการค้า และการลงทุน ติดต่อกัน รวมทั้งมีการค้า การลงทุนระหว่าง Cluster ด้วย เช่น กลุ่มประเทศ ASEAN และ Asia นอกจากมีการทำความตกลงในระดับภูมิภาคแล้ว อาเซียนยังได้ทำความตกลง FTA กับประเทศต่างๆที่เป็นคู่ค้ากับอาเซียนด้วย และยิ่งกว่านั้นสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศนอกจากมีความตกลงในระดับ Sub-regional ระหว่างกันแล้ว บางประเทศใน Cluster นี้ยังได้ทำ FTA ในระดับทวีปใน Cluster ของ US หรือ Japan หรือ EU อีกด้วย ทำให้ระบบ FTA networks ที่กำหนดกรอบการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ มีทั้งลักษณะที่เป็นไปตาม Model ของประเทศแกนกลุ่ม Cluster และ ซับซ้อนข้ามกลุ่ม อีกทั้งส่วนที่แตกต่างจาก Model ตาม

ลักษณะของผลประโยชน์ระหว่างแต่ละคู่ค้า⁵ ซึ่งในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นข้ออ้างของผู้ที่สนับสนุนแนวคิดการทำ FTA ในประเด็นที่ว่าแต่ละประเทศมีระดับการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ หรือผลประโยชน์ทางการค้าที่แตกต่างกันไป FTA ถูกมองว่าเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมต่อลักษณะความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศที่แตกต่างกันดังกล่าว อย่างไรก็ตามไม่อาจประเมินได้ว่า การมีเครือข่ายความตกลงทางเศรษฐกิจดังกล่าว ซึ่งนำมาสู่ระบบ “Multilayered and Multifaceted web of investment rules” หรือ ตาข่ายกรอบระเบียบการลงทุนเชิงซ้อน และก่อให้เกิดการเลือกปฏิบัติ การกีดกันประเทศนอกกลุ่ม หรือประเทศที่มีใช้ภาคี โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่ยากจนมากยิ่งขึ้น หรือไม่ หรือ ความตกลงทางเศรษฐกิจนำมาสู่การขยายเขตการค้า การลงทุน เสรี ให้กว้างขวางขึ้น โดยมีกรอบ ระเบียบการลงทุนที่ดี มีความเป็นธรรม และชัดเจนแน่นอน ยังเป็นที่สงสัยอยู่⁶

ในที่นี้ การวิจัยจะจำกัดเฉพาะ เรื่องการทำ FTA ระหว่างไทยกับสหรัฐ และผลกระทบที่เกิดขึ้น โดยศึกษาเฉพาะข้อบททางด้านการลงทุน ซึ่งเป็นข้อบทที่สำคัญอย่างยิ่งของการทำ FTA ไทย-สหรัฐ โดยศึกษาจาก Model ของสหรัฐเปรียบเทียบกับความตกลงความร่วมมือทางเศรษฐกิจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในความตกลงต่างๆ เพื่อแสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการกำหนดกรอบ ข้อบังคับ (Rules of the Game) ที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ และ ย่อมกระทบต่อ สิ่งแวดล้อมทางกฎหมายของไทยที่มีต่อการลงทุนระหว่างประเทศทั้งสอง สิทธิหน้าที่ อำนาจอธิปไตยของรัฐ การบังคับการตามกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินการในระดับปฏิบัติการเพื่อให้เป็นไปตามข้อกำหนดของความตกลง FTA ปัญหาต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นจากการปฏิบัติตาม ความตกลง FTA ทั้งในระดับปฏิบัติการ และระดับนโยบายแห่งชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการทำ FTA ไทย – สหรัฐ มีการบังคับใช้ความตกลงที่ไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายไทยต้องอยู่ภายใต้การบังคับตาม FTA ทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น ในขณะที่ฝ่ายสหรัฐมีการบังคับใช้ FTA ที่ไม่ขัดกับกฎหมายในระดับมลรัฐด้วยแล้ว จะพบความแตกต่างกัน และความเสียเปรียบอย่างยิ่ง โปรดดูภาคผนวก ข. (ในขณะที่เจรจากันอยู่นี้ยังไม่เป็นที่แน่นอนว่าจะตกลงกันอย่างไรในเรื่องนี้ และเจ้าหน้าที่เจรจาฝ่ายไทยได้แจ้งว่าไทยได้ขอให้สหรัฐผูกพันตามข้อกำหนด FTA ในระดับมลรัฐด้วย)

⁵ โปรดดู World Bank (2005) Regional Trade and Preferential Trading Agreements: A Global Perspective, Figure 2.2. และ ดู UNCTAD (2005) “The Spaghetti Bowl” : Multiple Overlapping EIAs

⁶ โปรดดู UNCTAD (2005) Investment Provision in Economic Integration Agreement. “Moreover, the growing proliferation of EIAs has led to a multilayered and multifaceted web of investment rules. The full implications of this development are difficult to gauge. Will the proliferation of EIAs result in **more economic discrimination and exclusion for third countries, especially for the poorer countries?** Or, will EIAs, in the absence of a multilateral system on investment similar to the WTO multilateral trading system, contribute to the expansion of trade and investment flows worldwide by developing clear, predictable, consistent and fair international investment rules?”

บทที่ 2

ผลการศึกษาการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของ สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับความตกลงจัดตั้ง เขตการค้าเสรีไทย สหรัฐ

ในบทนี้ จะวิเคราะห์ เปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างสาระสำคัญของสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุน และข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนในความตกลงร่วมมือ หรือรวมตัวทางเศรษฐกิจ กับ ข้อบทการลงทุนในความตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรีไทย สหรัฐ โดยเริ่มศึกษาจากวิวัฒนาการของการทำความตกลงทางเศรษฐกิจ และศึกษาสาระสำคัญของข้อบทการลงทุนในความตกลงดังกล่าวเปรียบเทียบกับข้อบทการลงทุนในความตกลง FTA ไทย สหรัฐ

วิวัฒนาการของการทำความตกลงความร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ กับข้อบทว่าด้วยการลงทุน

วิวัฒนาการ ในการทำความตกลงที่ได้รวมข้อบทการลงทุนในความตกลงทางเศรษฐกิจมีความเป็นมาที่ยาวนาน ความตกลงมีลักษณะที่แตกต่างกันไป ในยุคก่อนสงครามโลก ความตกลงทางเศรษฐกิจมักจะกระทำในระดับทวิภาคี และ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการค้าสินค้าเสรี (Liberalization of trade in goods) อย่างไรก็ตามข้อบททางด้านการลงทุน จะปรากฏอยู่ในความตกลง หรือสนธิสัญญาไมตรีในระดับทวิภาคี (Bilateral commercial treaties) ซึ่งมีผลกระทบระหว่างรัฐคู่ค้าในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งสหรัฐได้เริ่มเจรจา และทำสนธิสัญญาไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือในระดับทวิภาคี (Bilateral treaties known as Friendship, Commerce and Navigation (FCN) Agreement) กับหลายประเทศซึ่งรวมทั้งประเทศไทยด้วย ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าวได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในการค้าบนหลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favored-Nation Treatment) หรือ MFN นอกจากนี้ยังได้รวมถึงข้อบท หรือบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของนักลงทุน หรือ ข้อบทที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (Investment – related provisions)

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สอง สนธิสัญญาไมตรีดังกล่าวได้ลบลบบาทลงอย่างมากเมื่อได้มีการทำความตกลงในระบบการค้าพหุภาคีที่สำคัญ คือ General Agreement on Tariff and Trade – GATT ในปี 1947 เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่าก่อนที่ GATT จะเป็น Forum ที่สำคัญในการเจรจาการค้าพหุภาคี ซึ่งมีภาคีสมาชิกมากที่สุดนั้น ได้มีความพยายามที่จะจัดตั้งองค์การ การค้าระหว่างประเทศ (International Trade Organization – ITO) ซึ่งมีข้อบทที่กว้างขวาง ครอบคลุมทั้งบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้า การเงิน และ การลงทุนด้วย ในครั้งนั้นกบฏบัตร Havana – Havana Charter ไม่ได้รับการพิจารณารับรองโดยสภา Congress ของสหรัฐอเมริกา และ Havana Charter ก็ตกไปในปีที่สุด คงเหลือแต่ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร GATT ทำให้ เรื่องการลงทุนอยู่นอกกรอบของ GATT

ที่มุ่งหมายในการทำให้การค้าเสรี และ ลดอุปสรรคทางการค้าลง ซึ่งในระยะเวลาต่อมาแม้การเจรจาทางด้านการค้าก็ยังมักจะประสบกับความยุ่งยากและปัญหาที่สลับซับซ้อน ส่วนการลงทุนเป็นระบบที่แยกออกจากการเจรจาการค้าภายใต้ GATT ดังนั้น ระบบกฎหมาย และ กรอบ ระเบียบการลงทุน (Investment Regime) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายใน และมาตรการทางการลงทุน จึงเป็นนโยบาย และ กฎหมายภายในของรัฐเป็นส่วนใหญ่⁷ และ บรรษัทข้ามชาติพิจารณาว่า กฎหมายที่แตกต่างกันในแต่ละรัฐ ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนในรูปแบบต่างๆ ล้วนแล้วแต่เป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายการลงทุนโดยเสรี และถือว่ามาตรการทางด้านการลงทุนนำมาสู่การเบี่ยงเบนทางการค้า เช่น มาตรการทางด้านการลงทุน ที่เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมการส่งออก มาตรการในการส่งเสริมอุตสาหกรรมภายในประเทศ มาตรการเงื่อนไขการถ่ายโอนเทคโนโลยี มาตรการกำหนดเขตการลงทุน หรือที่เรียกว่า Performance requirements ในประเด็นดังกล่าวได้มีการกำหนดให้ประเทศสมาชิก GATT/WTO ห้ามนำมาตรการ การลงทุนที่เป็น Performance Requirement เหล่านี้มาใช้ โดยกำหนดห้ามใน Agreement on Trade- related Investment Measures (TRIMs) อย่างไรก็ตามได้พบว่าประเทศที่พัฒนาแล้วต่างก็ได้้นำมาตรการ การลงทุนในรูปแบบต่างๆมาใช้เช่นกัน เช่น มาตรการอุดหนุนการลงทุนที่เป็นตัวเงิน ซึ่งมาตรการเหล่านี้ไม่ได้ถูกห้ามภายใต้ TRIMs ด้วย

หลายประเทศที่ได้ทำความตกลงทางเศรษฐกิจ ในระดับต่างๆ ตั้งแต่การรวมตัวทางเศรษฐกิจ เช่น Custom Union ซึ่งต้องอาศัยความตกลงที่ยกเลิกอุปสรรคทางการค้า การลงทุน ที่ยิ่งกว่าที่ได้กระทำภายใต้ GATT/WTO จนถึงระดับการจัดตั้งเขตการค้าเสรี Free Trade Area ซึ่งเป็นความตกลงให้สิทธิพิเศษระหว่างภาคีสมาชิก (Preferential Agreement) ทั้งนี้ GATT ได้อนุญาตให้ประเทศสมาชิกของ GATT/WTO กระทำได้ตามมาตรา XXIV ซึ่งประเทศที่ตกลงร่วมมือ หรือรวมตัวทางเศรษฐกิจจะได้รับยกเว้นจากหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN นอกจากนั้นภายใต้บทบัญญัติ มาตรา V ของ General Agreement on Trade in Services (GATS) ซึ่งเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการเปิดเสรีทางด้านการค้าบริการ ก็อนุญาตให้ประเทศสมาชิก GATT/WTO ที่ตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจยกเว้นจากหลักการของ GATT/WTO และในระหว่างประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนายังสามารถตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจภายใต้ภาค IV Enabling Clause ได้อีกด้วย เช่น ความร่วมมือภายใต้อาเซียนเป็นการร่วมมือที่ได้แจ้งบอกกล่าวแก่ GATT ภายใต้ ภาค IV ของ GATT เป็นต้น ในหัวข้อต่อไปนี้จะกล่าวถึง

⁷ ในช่วงปี 1960s หลังยุคอาณานิคม ประเทศต่างๆที่ได้รับเอกราชใหม่ พวกกันทวงอำนาจอธิปไตยคืนจากประเทศเจ้าอาณานิคม รวมทั้งอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจด้วย สหประชาชาติได้ขานรับนโยบายดังกล่าว และได้มีมติสมัชชาใหญ่ในเรื่อง New International Economic Order ตามมติ United Nations General Assembly Resolution 3201 (s-VI): Declaration on the Establishment of a new International Economic Order (1974) และ มติ United Nations General Assembly Resolution 3201 (s – VI): Programmer of Action on the establishment of a new International Economic Order (1974) และ United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX) Charter of Economic Rights and Duties of States (1974)

ความตกลงทางเศรษฐกิจที่ได้กระทำในแต่ละภูมิภาค โดยสังเกตที่ได้กระทำในแต่ละกลุ่มเศรษฐกิจดังต่อไปนี้

1. ยุโรป

ความตกลงทางเศรษฐกิจฉบับแรกที่มีวัตถุประสงค์ในการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ที่ได้กระทำขึ้นในยุโรป ภายหลังการก่อตั้ง GATT แล้วคือสนธิสัญญากรุงโรม “Treaty of Rome” ได้กระทำขึ้นในปี 1957 โดยมีวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งตลาดการค้าที่ไร้พรมแดนระหว่างประเทศสมาชิก เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวสนธิสัญญากรุงโรมได้มีบทบัญญัติให้มีการเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ ทุน และแรงงาน หรือ บุคคลโดยเสรี ภายในเขตแดนของรัฐสมาชิก รวมทั้งสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการเข้ามาประกอบการของบุคคลธรรมดาภายใต้หลักการที่เรียกว่า “The right of establishment” ในเขตแดนของรัฐสมาชิกทั้งหมด นอกจากนี้ยังได้วางหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง MFN และ หลักการประติบัติเยี่ยงคนชาติ NT ต่อ สินค้า บริการ ทุน และ แรงงาน หรือบุคคล ของรัฐสมาชิก นอกจากนี้ยังได้มีกฎระเบียบเกี่ยวกับกฎหมายและนโยบายการแข่งขัน (Competition Law and Policy) ภายใต้หลักการเหล่านี้ การลงทุนจึงเป็นส่วนหนึ่งของการรวมตัวทางเศรษฐกิจด้วย ต่อมาในปี 1960 ได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรียุโรป หรือที่เรียกว่า EFTA คือ The European Free Trade Association⁸ ซึ่งเป็นการเปิดเสรีทางด้านการค้าสินค้าเท่านั้น (Trade in goods)

2. ระหว่างกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้ว OECD⁹

ความตกลงหลักที่ได้กำหนดกรอบแห่งสถาบัน (Institutional Framework) เพื่อการร่วมมือทางด้านการค้า และ การลงทุนระหว่างประเทศภาคีสมาชิก คือ องค์การเพื่อความร่วมมือทางด้านการค้าและการพัฒนา (Organization for Economic Cooperation and Development: OECD) ซึ่งจัดตั้งขึ้นเมื่อปี 1960 สำหรับในเรื่องการค้า กลุ่ม OECD ได้สนับสนุน และปฏิบัติตามหลักการของ GATT/WTO เป็นอย่างดียิ่ง ส่วนทางด้านการลงทุน กลุ่ม OECD ได้ริเริ่มกระบวนการเปิดเสรีทางด้านการลงทุนและ การรวมตัวทางเศรษฐกิจ โดยได้ตกลงทำ Code of Liberalization of Capital Movements และ Code of Liberalization of Current Invisible Operations ในปี 1961 ในตราสารทั้งสองฉบับนี้ได้วางกรอบระเบียบ และ กฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับทางกฎหมายว่าด้วย การเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายทุน หลักการไม่

⁸ สมาชิกก่อตั้งของ EFTA ได้แก่ ออสเตรีย เดนมาร์ก นอร์เวย์ โปรตุเกส สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ และ อังกฤษ ต่อมา ไอซ์แลนด์ ฟินแลนด์ และลิกเตนสไตน์ ได้เข้าร่วมใน EFTA แต่ต่อมา เดนมาร์ก อังกฤษ โปรตุเกส ออสเตรีย ฟินแลนด์ และสวีเดน ได้ถอนตัวออกจาก EFTA เพื่อที่จะเข้าร่วมเป็นสมาชิกของสหภาพยุโรป

⁹ สมาชิกก่อตั้งของ OECD ได้แก่ ออสเตรเลีย ออสเตรีย เบลเยียม แคนาดา เดนมาร์ก ฟินแลนด์ สเปน สวีเดน สวิสเซอร์แลนด์ ตุรกี อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา

เลือกปฏิบัติ และการค้าบริการ (Invisible transactions) โดยค่อยๆทำให้อุปสรรคทางการค้า และการลงทุนหมดไป บนพื้นฐานของหลัก Stand Still and Roll Back หมายถึงการห้ามออกกฎเกณฑ์ หรือมาตรการใดๆใหม่ที่เป็นอุปสรรคของการค้า การลงทุนเสรี และ ต้องค่อยๆทำให้อุปสรรคที่มีอยู่แล้วหมดไป ส่วนมาตรการ หรือข้อกำหนดใดๆที่ไม่อยู่ภายใต้การบังคับของการเปิดเสรี (Non Conforming Measures) จะต้องกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในรายการข้อสงวน (Listed in country reservations) ส่วนการดำเนินการ หรือบังคับการให้เป็นไปตามข้อกำหนดใน Code ทั้งสองนั้นจะมีการตรวจสอบ ทบทวน ผ่าน Policy Review และ Country examinations ทั้งสองมาตรการ ดำเนินโดย วิธีการ “Peer Pressure” กล่าวคือวิธีการที่มีอิทธิพลที่ทำให้สมาชิกในกลุ่มปฏิบัติตามหลักการที่เหมือนกัน เพื่อให้แต่ละสมาชิกยินดีที่จะเปิดเสรีเอง (Unilateral) มากกว่าที่จะต้องมาเจรจากัน ได้มีการทบทวนและขยายขอบเขตของ Code ทั้งสองให้กว้างขวางขึ้น การปรับปรุงล่าสุด คือเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการประกอบกิจการของเอกชน (Rights of Establishment) ในปี 1984 และการบริการทางการเงิน หรือ การเคลื่อนย้ายเงินทุนข้ามพรมแดน (Cross border Financial Services) ในปี 1992 นอกจากนี้ในปี 1976 กลุ่ม OECD ได้ตกลงทำอนุสัญญาว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ และบริษัทข้ามชาติ Declaration on International Investment and Multilateral Enterprises ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์เสริมข้อบังคับใน Code ทั้งสองข้างต้นในส่วนที่ว่าด้วยการปฏิบัติต่อนักลงทุน และการลงทุน ต่างตัว (Treatment of Foreign Investment) รวมถึงข้อกำหนดเกี่ยวกับการปฏิบัติของนักลงทุนในประเทศที่รับการลงทุนหลังจากที่ได้เข้าไปลงทุนแล้ว (Behavior of TNCs after entry in a host country) ในอนุสัญญานี้ยังได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ การให้สิ่งจูงใจ หรือ การไม่ให้สิ่งจูงใจ และมาตรการบังคับที่มีต่อนักลงทุน ต่อมาได้มีการออก Guidelines for Multinational Enterprises ซึ่งเป็นกรอบข้อบังคับที่มีต่อนักลงทุน ถึงแม้ว่าความตกลงอนุสัญญา และแนวปฏิบัติที่ออกโดย OECD นี้ มิได้เป็นความตกลงเพื่อการรวมตัวทางเศรษฐกิจโดยตรง แต่ได้กลายเป็นแบบแผนของการทำความตกลงที่มีต่อๆมาด้วย

3. กลุ่มประเทศอาหรับและอิสลาม

กลุ่มประเทศอาหรับเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนากลุ่มแรก ที่ได้รวมทำความตกลงทางเศรษฐกิจ ในปี 1957 ที่รวมข้อบทการลงทุนในความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งกลุ่มเศรษฐกิจอาหรับหนึ่งเดียว (Agreement on Arab Economic Unity)¹⁰ ในความตกลงดังกล่าวได้มีข้อบทว่าด้วยการเคลื่อนย้ายทุน แรงงาน หรือบุคคลโดยเสรี ตลอดจนการทำธุรกรรมระหว่างประเทศในกลุ่มสมาชิก ต่อมาในปี 1970 สมาชิกในกลุ่มได้ทำความตกลงว่าด้วยการลงทุน และการเคลื่อนย้ายทุนโดยเสรีระหว่างประเทศในกลุ่ม

¹⁰ ประเทศสมาชิกก่อตั้งกลุ่มได้แก่ อียิปต์ อิรัก จอร์แดน คูเวต ซูดาน ซีเรีย และ เยเมน

อาหรับ โดยส่งเสริม และคุ้มครอง การลงทุนระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐที่รับการลงทุน และ รัฐที่ส่งเงินทุนออกไป โดยตกลงที่จะให้มีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ตกลงที่จะให้สิทธิพิเศษระหว่างภาคีสมาชิก (Preferential Treatment) การลงทุนตามที่ได้ยินยอม กำหนดในความตกลง (Covered Investment) จะได้รับสิทธิในการชดเชยการเวนคืนยึดทรัพย์ในหลักการ Fair and Effective compensation นักลงทุนมีสิทธิที่จะส่งเงินออกจำนวนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน (a right to transfer certain payments related to their investment) และมีสิทธิที่จะอยู่อาศัยในประเทศที่นักลงทุนได้เข้าไปลงทุนเพื่อดำเนินธุรกิจของตน ในปี 1971 รัฐสมาชิกได้ทำความตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือในการให้หลักประกันการลงทุนระหว่างกลุ่มสมาชิก หรือการเคลื่อนย้ายเงินทุน เมื่อรัฐสมาชิก¹¹ เพิ่มจำนวนขึ้นรัฐสมาชิกเหล่านี้จึงได้ทำความตกลงในปี 1980 คือ Unified Agreement for Investment of Arab Capital in the Arab States ในความตกลงนี้ได้บัญญัติเกี่ยวกับข้อบทการลงทุนที่เคยทำไว้แต่ได้เพิ่มเติมบทบัญญัติ เกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทด้วยการอนุญาโตตุลาการ และการเจรจาประนีประนอมกันระหว่างนักลงทุน ในปี 1981 รัฐสมาชิกของ Organization of the Islamic Conference¹² ได้ร่วมกันทำความตกลงว่าด้วยการส่งเสริม การคุ้มครอง และการให้หลักประกันการลงทุน (The Agreement on Promotion, Protection, and Guarantee of Investment) ซึ่งได้บัญญัติข้อบทว่าด้วยการคุ้มครองการลงทุนด้วย ความตกลงฉบับนี้มีขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามความตกลงว่าด้วยการร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจ การค้า และ เทคนิค (Agreement on Economic, Technical and Commercial Cooperation)

4. แอฟริกา

กลุ่มประเทศ Sub – Saharan African เป็นอีกกลุ่มประเทศหนึ่งที่ได้มีการทำความตกลงร่วมมือทางเศรษฐกิจ การค้า และ การลงทุน ได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรีครั้งแรกในปี 1964 โดยได้ทำสนธิสัญญาจัดตั้งสหภาพเศรษฐกิจและภาชีอากรกลุ่มแอฟริกากลาง (Treaty Establishing the Customs and Economic Union of Central Africa: UDEAC หรือ CEUCA) ต่อมาได้เปลี่ยนเป็นสหภาพการเงินและเศรษฐกิจแอฟริกากลาง¹³ (The Monetary and Economic Union of Central Africa: CEMAC) ในปี

¹¹ ในปี 1980 รัฐสมาชิกของสันนิบาตอาหรับประกอบด้วย แอลจีเรีย บาร์เรน โคโมโรส จิบูตี อียิปต์ อิรัก จอร์แดน คูเวต เลบานอน ลิเบีย อาหรับ จามาฮิรียา มอริทาเนีย โอมาน ปาเลสไตน์ การ์ตา ซาอุดีอาระเบีย ซีเรีย โซมาเลีย ซูดาน ตูนิเซีย สหอาหรับเอมิเรต และเยเมน

¹² ในปี 1995 มีสมาชิกขององค์การอิสลามดังนี้ แอฟริกาอิสลาม แอลบาเนีย แอลจีเรีย อาเซอร์ไบจาน บาร์เรน แบกแดด เบนิน บรูไน กินีเบียฮา อินโดนีเซีย อิหร่าน อิรัก จอร์แดน คูเวต เคอร์กิสถาน เลบานอน ลิเบีย อาหรับ จามิรียา มัลดีฟ มาเลเซีย มาลี มอริทาเนีย มอโรคโค โมซัมบิก ไนเจอร์ ไนจีเรีย โอมาน ปากีสถาน ปาเลสไตน์ การ์ตา ซาอุดีอาระเบีย เซเนกัล เซียร์ราเลโอน โซมาเลีย ซูดาน ซีเรีย ทาจิกิสถาน ตูนิเซีย ตุรกี เติร์กเมนิสถาน อุกันดา สหรัฐอาหรับ เอมิเรต แทนซาเนีย และ เยเมน

¹³ รัฐสมาชิกประกอบด้วย คาเมรูน แอฟริกากลาง ซาดี คองโก อีเควทอเรียน กินี และ กาบอง

1965 ประเทศสมาชิกของ UDEAC ได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาร่วมว่าด้วยการลงทุน (Common Convention on Investment) แต่ได้มีบทบัญญัติเพียงบางลักษณะเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุนที่บังคับใช้กับนักลงทุนต่างชาติทั้งปวง เช่นบทบัญญัติว่าด้วยการส่งเงินกำไรออกนอกประเทศแต่อยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินธุรกิจโดยชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในการครอบครองทรัพย์สิน สิทธิในการได้รับสัมปทาน สิทธิในการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ในการลงทุน และในส่วนที่เกี่ยวกับนายจ้าง และคนงานในการงานที่ทำ และ เรื่องภาษีอากรที่เท่าเทียมกันกับคนชาติ การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการมีสิทธิดำเนินคดีในศาล ความตกลงทั้งหมดจะกำหนดเกี่ยวกับการให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุนบางประการในประชาคม อนุสัญญานี้ได้กำหนดสิทธิพิเศษ สี่ประเภทที่จะให้แก่นักลงทุน รวมทั้งการกำหนดกฎเกณฑ์ในการให้สิทธิพิเศษดังกล่าวด้วย ในปี 1972 ได้มีการลงนามในอนุสัญญาร่วมว่าด้วยการเคลื่อนย้ายแรงงาน หรือบุคคลโดยเสรี และสิทธิในการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ และการประกอบกิจการของเอกชน (The Joint Convention on the Free Movement of Persons and the Right of Establishment) เป็นข้อบทที่บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิของปัจเจกชนในการเคลื่อนย้ายโดยเสรีภายในประชาคม และการประกอบวิชาชีพ อาชีพที่เกี่ยวข้องกับงานศิลปหัตถกรรม การก่อตั้ง การบริหารจัดการองค์กรธุรกิจ แต่จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน กรอบ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนได้ขยายขอบเขตออกไปอีก ในปี 1975 รัฐสมาชิกได้ทำความตกลง Multinational Companies Code โดยได้ให้ผลประโยชน์แก่บริษัทที่ได้จัดตั้งขึ้นในสองประเทศสมาชิกหรือมากกว่านั้นโดยนักลงทุนที่มาจากประชาคมนั้นเอง

นอกจากนี้กลุ่มประเทศ Great Lake Countries ได้ก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจของตน CEPGL ในปี 1976 และ ในปี 1982 ก็ได้ทำความตกลงเกี่ยวกับการลงทุน The Community Investment Code โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการให้หลักประกัน ความมั่นใจในการลงทุน สิทธิ และ หน้าที่ ขององค์กรธุรกิจหลักเกณฑ์ที่บังคับใช้กับนักลงทุน แต่ไม่ได้จำกัดเฉพาะหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยสิ้นเชิง และยอมรับหลักการเกี่ยวกับสิทธิต่างๆ อีกทั้งหลักประกันการลงทุน สิทธิในการส่งผลกำไรออกนอกประเทศแต่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายใน หลักเกณฑ์การคุ้มครองการลงทุน คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา นอกจากนี้ก็มีการบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิพิเศษ เช่นภาษีอากร แก่การลงทุนบางประเภท

ในปี 1983 กลุ่มประเทศ UDEAC และ CEPGL ได้ร่วมกันก่อตั้งประชาคมทางเศรษฐกิจ ตามสนธิสัญญา Treaty for the Establishment of the Economic Community of Central African States (ECCAS) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดอุปสรรคของการเคลื่อนย้าย แรงงาน หรือ บุคคล สินค้า บริการ และ ทุน โดยเสรี ตลอดจนหลักการก่อตั้งองค์กรธุรกิจโดยเสรี (Right of Establishment)

ทางด้านกลุ่มแอฟริกาตะวันตก ได้มีการลงนามในความตกลงก่อตั้งประชาคมเศรษฐกิจแอฟริกาตะวันตก (Treaty Establishing the Economic Community of West African States: ECOWAS) ในปี 1975 มาตรา 2 ของสนธิสัญญาดังกล่าวได้กำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดอุปสรรคของการค้า การลงทุน เสรี เพื่อให้มีการเคลื่อนย้าย ทุน แรงงาน การค้า และ บริการโดยเสรี ในปี 1979 ได้มีการกำหนดข้อบทว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลโดยเสรี สิทธิในการตั้งภูมิลำเนา และการก่อตั้งองค์กรธุรกิจ หรือการประกอบกิจการโดยเสรี ภายใต้ Protocol A/P.1/5/79 ต่อมาในปี 1984 ก็ได้มีการทำความตกลงกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สิทธิพิเศษแก่องค์กรธุรกิจ และหลักประกันการลงทุนที่ ลงทุนไม่ว่าทั้งหมด หรือ

บางส่วน โดยคนชาติของประเทศในประชาคมที่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และบริษัทของประชาคมจะไม่ถูกเวนคืนทรัพย์สินเว้นแต่จะมีการดำเนินการโดยชอบด้วยกฎหมาย มีการชดเชยอย่างเป็นธรรม และ เพียงพอ สิทธิประโยชน์ที่ได้รับตามที่กฎหมายกำหนด จะไม่ถูกบั่นทอนให้หมดสิ้นไป เว้นแต่จะตกอยู่ภายใต้สถานการณ์พิเศษเฉพาะบางกรณี ความตกลงดังกล่าวยังได้กำหนดเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และ บังคับตามบทบัญญัติ ICSID

ส่วนแอฟริกาได้นั้น มีการทำความตกลงภายใต้ Treaty for the Establishment of the Preferential Trade Area of Eastern and Southern African States ในปี 1981 และได้มีการทำ Charter on a Regime of Multilateral Industrial Enterprises โดยมีวัตถุประสงค์ในการสนับสนุนการจัดตั้งองค์กรธุรกิจในระดับภูมิภาค เพื่อให้เป็นไปตามนโยบายทางเศรษฐกิจ ตามเงื่อนไขของการพัฒนา และในปี 1993 ก็ได้มีการทำสนธิสัญญาก่อตั้งตลาดร่วมแอฟริกันตะวันออก และแอฟริกันใต้ (Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern African : COMESA)

5. อเมริกา

เริ่มในปี 1960 ได้มีการจัดตั้งสมาคมการค้าเสรีลาตินอเมริกา (Latin American Free Trade Association: LAFTA) ขึ้นเป็นครั้งแรกภายหลังการก่อตั้ง GATT โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาโครงการระยะยาวในการรวมตัวทางเศรษฐกิจในภูมิภาคลาตินอเมริกัน และไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับข้อบทการลงทุน ต่อมา ในปี 1980 ได้มีการ ทำสนธิสัญญา มอนเตวิเดโอ (Treaty of Montevideo) เพื่อก่อตั้งสมาคมเพื่อการรวมตัวลาตินอเมริกัน (The Latin American Integration Association: LAIA or ALADI) ซึ่งได้มีข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนในฐานะที่เป็นกระบวนการเกี่ยวกับการรวมตัวทางเศรษฐกิจ และในระหว่างประเทศสมาชิกเองได้มีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีระหว่างกัน

ในปี 1969 กลุ่มประเทศแอนเดียนห้าประเทศ รวมทั้งชิลี ได้ร่วมลงนามในความตกลง Cartagena Agreement เพื่อการก่อตั้งตลาดร่วมแอนเดียน ซึ่งต่อมาเป็นที่รู้จักในนามประชาคมแอนเดียน ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี 1992 ภายใต้ความตกลง Cartagena ได้มีบทบัญญัติ และมาตรการ ที่ส่งเสริมการลงทุนเสรีภายในประชาคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งภายใต้ Andean Pact Commission Decision 24 ซึ่งทำขึ้นในปี 1970 ได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการลงทุนต่อการลงทุนในประชาคม และ จากประเทศที่สาม ได้กำหนดข้อบังคับที่เป็นกฎเกณฑ์ร่วมในการควบคุมการเคลื่อนย้ายทุน หรือการลงทุนจากต่างประเทศ เครื่องหมายการค้า สิทธิบัตร ค่าสิทธิต่างๆ ทรัพย์สินทางปัญญา (Common Regulations Governing Foreign Capital Movement, Trade Marks, Patents, Licenses and Royalties) และ Andean Pact Commission Decision 244 ยังได้ก่อตั้ง A Uniform Code on Andean Multinational Enterprises Decision 24 ซึ่งได้ให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุนต่างประเทศที่เข้ามาลงทุนในรูปแบบการร่วมทุน (Joint Venture) กับนักลงทุน Andean นอกจากนี้ยังได้กำหนดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยี ระบบการควบคุมการลงทุน และเงื่อนไขการลงทุนจากประเทศที่สาม และการให้สิทธิพิเศษแก่การลงทุน ภายใต้เงื่อนไข ข้อกำหนด ที่นิยามไว้สำหรับบริษัทข้ามชาติ

สำหรับอเมริกากลาง กลุ่มประเทศอเมริกากลางห้าประเทศได้มีการลงนามในปี 1958 ในการทำสนธิสัญญา The Multilateral Treaty on Free Trade and Economic Integration ภายใต้สนธิสัญญาดังกล่าว มาตรา XVII ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ แก่การลงทุน และนักลงทุนจากประเทศสมาชิก ให้หลักประกันการลงทุนที่เป็นธรรม และ ไม่มีการเลือกปฏิบัติ ในกรส่งออกเงินและกำไร และเป็นสนธิสัญญาที่พัฒนามาสู่การทำสนธิสัญญา The General Treaty of Central American Integration ในปี 1960 สำหรับการลงทุนนั้นสนธิสัญญาดังกล่าวรับรองหลักการในการจัดตั้ง “Regime for the Central American Integration of Industries” ซึ่งให้สิทธิพิเศษแก่บริษัทของประชาคมที่ประกอบธุรกิจบางชนิดที่เป็นธุรกิจที่ได้รับการจัดอันดับพิเศษ (Priority Industries) เช่นอุตสาหกรรมโครงสร้างพื้นฐาน ในปี 1960 กัวเตมาลา ฮอนดูรัส และ เอลซัลวาดอร์ ได้ร่วมลงนามใน Economic Association Agreement ผูกพันรัฐภาคีในการเปิดเสรี การเคลื่อนย้ายทุน แรงงาน การค้า และ บริการ

สำหรับกลุ่มประเทศแคริบเบียน ได้มีการลงนามในสนธิสัญญา Treaty of Chaguaramas CARICOM เพื่อก่อตั้งตลาดร่วมแคริบเบียน ในปี 1973 ซึ่งก่อนหน้านี้ได้มีการลงนามใน Dickenson Bay Agreement เพื่อก่อตั้งสมาคมเขตการค้าเสรีแคริบเบียน ในปี 1966 ในความตกลงดังกล่าวรัฐภาคีได้ผูกพันที่จะให้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่รัฐสมาชิก และ หลีกเลี่ยงการจำกัดใดๆอันจะทำให้หลักการดังกล่าวเสียไป นอกจากนี้ยังตกลงที่จะไม่กำหนดข้อห้าม หรือข้อจำกัดใดๆมากกว่าที่มีอยู่แก่การลงทุนที่เข้ามาตั้งในกลุ่มประเทศสมาชิก ตลอดจนการให้สิทธิพิเศษแก่บรรษัทข้ามชาติ

ส่วนในอเมริกาเหนือได้มีการจัดตั้งเขตการค้าเสรีอเมริกาเหนือ ระหว่างสหรัฐและอเมริกา ในปี 1987 ก่อนที่จะจัดตั้ง NAFTA

6. เอเชีย

ในเอเชีย ได้มีการก่อตั้งสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ หรือ อาเซียน ตั้งแต่ปี 1957 และมีโครงการความร่วมมือทางเศรษฐกิจที่ตกลงระหว่างสมาชิกกลุ่มอาเซียน โดยเฉพาะหลังปี 1995 อาเซียนได้ตกลงใน ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS) เพื่อการเปิดเสรีทางด้านการค้าบริการ ซึ่งสมาชิกได้ผูกพันในการเปิดเสรีมากกว่าที่ได้ตกลงใน GATS นอกจากนี้อาเซียนยังได้ตกลงจัดตั้งเขตการลงทุนอาเซียน เพื่อเปิดเสรีทางด้านการลงทุนระหว่างกลุ่มภาคีสมาชิกใน Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (AIA) ในปี 1998 อย่างไรก็ตามในความตกลงดังกล่าว บังคับใช้เฉพาะการลงทุนตรงเท่านั้น (Direct Investment) และ ไม่บังคับใช้กับการลงทุนใน Port folio และไม่รวมการลงทุนที่อยู่ภายใต้ หมวด 3 Commercial Presence ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการค้าบริการ และอยู่ภายใต้ความตกลง AFAS

ภายใต้ AIA สมาชิกตกลงที่จะเปิดการลงทุนในทุกอุตสาหกรรมแก่นักลงทุนอาเซียน โดยยกเว้นเฉพาะรายการใน Negative List และจะมีการทบทวนรายการดังกล่าวทุกสองปี จนกว่าจะเปิดเสรีทุกรายการในปี 2010 และจะเปิดเสรีแก่ประเทศที่ไม่เป็นสมาชิกในปี 2020 นอกจากนี้ภายใต้ AIA สมาชิกตกลงให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ เยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ในระดับ ก่อน และ หลังการลงทุน (Pre- Post Establishment NT and MFN)

ได้มีการกำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาท ใน Protocol Establishing the ASEAN Dispute Settlement Mechanism เพื่อเป็นกลไกในการระงับข้อพิพาททางการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ ภายใต้โครงการความตกลงดังกล่าวทั้งหลาย

อาเซียนได้ร่วมลงนามในความร่วมมือทางเศรษฐกิจกับประเทศต่าง ๆ นอกกลุ่มสมาชิก โดยการทำความตกลง ความร่วมมือกับ จีน อินเดีย และ ญี่ปุ่น ในการร่วมมือทางด้านการเปิดเสรีการลงทุน และการค้า ตลอดจนการให้ความคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน พัฒนารอบของกฎหมาย การลงทุนให้มีความโปร่งใส

นอกจากนั้นแต่ละประเทศในเอเชียยังได้มีการทำความตกลงทางเศรษฐกิจทั้งระหว่างกันเอง และกับประเทศคู่ค้าอื่นๆ เช่นระหว่างออสเตรเลียกับจีน ฟิจิ ญี่ปุ่น ปาปัว นิวกินี และอินเดียได้ทำ FTA กับไทย เช่นเดียวกับที่อาเซียนทำ FTA กับ อินเดีย และ จีน นอกจากนี้ทั้ง ญี่ปุ่น เกาหลี ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ ไทย และ สิงคโปร์ ต่างกระตือรือร้นในการทำ FTA อย่างไรก็ดีตามข้อบทในความตกลงมีความแตกต่างกันไปในหลายลักษณะ

ส่วนเอเชียใต้ หรือกลุ่ม South Asian Association for Regional Cooperation: SAARC)¹⁴ ได้ร่วมกันลงนามในการจัดตั้งเขตการค้าเสรีเอเชียใต้ในปี 2004 โดยมีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการลงทุน และขจัดอุปสรรคทางการค้า การลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก และกำหนดกรอบการแข่งขันที่เป็นธรรม ในปีเดียวกัน กลุ่ม BIMSTEC¹⁵ ได้ตกลงจัดตั้งเขตการค้าเสรี BIMSTEC ขึ้น และเปิดเสรีการลงทุนโดยอาศัย Positive List Approach

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ International Investment Instruments

ความตกลงว่าด้วยการลงทุนระหว่างประเทศ ซึ่งปรากฏในความตกลงทั้งระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค ระดับทวิภาคี ตลอดจน ความตกลงที่เป็นแบบอย่างในแนวทางปฏิบัติ (Model) ที่องค์การระหว่างประเทศได้กำหนดขึ้น เพื่อเป็นกรอบ ระเบียบ เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยจำแนกเป็นกลุ่มๆ ดังนี้

1. ความตกลงในระดับพหุภาคี

ความตกลงในระดับพหุภาคี ที่รัฐต่างๆได้กระทำขึ้น และนับได้ว่าเป็นวิวัฒนาการเกี่ยวกับกรอบระเบียบ ว่าด้วยการลงทุนตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) ได้บรรจุข้อบทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศไว้ในความตกลง ดังต่อไปนี้

¹⁴ สมาชิกของ SAARC ได้แก่ บังกลาเทศ ภูฏาน อินเดีย มัลดีฟ เนปาล ปากีสถาน และ ศรีลังกา

¹⁵ สมาชิก BIMSTEC ได้แก่ บังกลาเทศ ภูฏาน อินเดีย พม่า เนปาล ศรีลังกา และ ไทย

1. Havana Charter for an International Trade Organization 1948
2. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (United Nations 1958)
3. United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII): Permanent Sovereignty over Natural Resources 1962
4. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (International Bank for Reconstruction and Development) 1965
5. United Nations General Assembly Resolution 3201 (S-VI): Declaration on the Establishment of a New International Economic Order 1974

And

United Nations General Assembly Resolution 3202 (S-VI): Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order 1974

6. United Nations General Assembly Resolution 3281 (XXIX): Charter of Economic Rights and Duties of States 1974
7. Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law 1976
8. ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy (International Labor Office) 1977

And

Procedure for the Examination of Disputes Concerning the Application of the Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy by Means of Interpretation of its Provision (International Labor Office) 1986

9. Draft International Agreement in Illicit Payments (United Nations Economic and Social Council) 1979
10. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 1979
11. The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) 1990
12. International Code of Marketing of Breast-Milk Substitutes (World Health Organization) 1981

13. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations 1983 version
14. Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology (United Nations Conference on Trade and Development: UNCTAD) 1985
15. United Nations General Assembly Resolution 39/248: Guidelines for Consumer Protection 1985
16. Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency (International Bank for Reconstruction and Development) 1985
17. Criteria for Sustainable Development Management: Towards Environmentally Sustainable Development (United Nations Centre on Transnational Corporations) 1990
18. Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment (The World Bank Group) 1992
19. Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two Parties of which only one is a State 1993
20. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1A: Multilateral Agreements on Trade in Goods. Agreement on Trade-Related Investment Measures 1994
21. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1B; General Agreement on Trade in Services

Ministerial Decision Relating to the General Agreement on Trade in Services 1994

22. Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization. Annex 1C: Agreement on Trade-Related Aspect of Intellectual Property Rights 1994

2. ความตกลงในระดับภูมิภาค

ความตกลงในระดับภูมิภาค มีทั้งความตกลงระหว่างภูมิภาค ความตกลงระหว่างประเทศภายในภูมิภาค รวมทั้งความตกลงที่เป็น Resolutions ตลอดจนข้อบ่งชี้ในความตกลงขององค์การระดับภูมิภาคตามภูมิภาคต่างๆ ได้แก่ความตกลง ดังต่อไปนี้

23. Code of Liberalization of Capital Movements (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1961
24. Code of Liberalization of Current Invisible Operations (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1961
25. Model Tax Convention on Income and on Capital (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1963

26. Common Convention on Investment in the States of the Customs and Economic Union of Central Africa 1965
27. Revised Recommendation of the Council Concerning Co-operation Between member Countries on Anticompetitive Practices Affecting International Trade (Organization for EconomicC0- Operation and Development, OECD) 1967
28. Draft Convention on the Protection of Foreign Property (Organization for EconomicC0- Operation and Development, OECD) 1967
29. Agreement on Investment and Free Movement of Arab Capital among Arab Countries (Agreement of Arab Economic Unity) 1970
30. Convention Establishing the Inter-Arab Investment Guarantee Corporation 1971
31. Joint Convention on the Freedom of Movement of Persons and the Right of Establishment in the Central African Customs and Economic Union 1972
32. Agreement on the Harmonization of Fiscal Incentives to Industry (Caribbean Common Market) 1973
33. The Multinational Companies Code in the UDEAC (Customs and Economic Union of Central Africa) 1975
34. Declaration on International Investment and Multinational Enterprises (Organization for EconomicC0- Operation and Development, OECD) 1976
35. Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (Organization for EconomicC0- Operation and Development, OECD) 1980
36. Unified Agreement for the Investment of Arab Capital in the Arab States) 1980
37. Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data (Council of Europe) 1981
38. Agreement on Promotion, Protection and Guarantee of Investment among Member States of the Organization of the Islamic Conference) 1981
39. Community Investment Code of the Economic Community of the Great Lakes Countries, CEPGL) 1982
40. Agreement for the Establishment of a regime for CARICOM Enterprises 1987
41. Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures 1987
42. An Agreement Among the Governments of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments 1987
43. Amended Proposal for a Council Regulation (EEC) on the Statute for a European Company (Council of the European Communities) 1989
44. Fourth ACP-EEC Convention of Lome' 1989

45. Charter on a Regime of Multinational Industrial Enterprises (MIES) in the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States 1990

46. Decision 291 of the Commission of the Cartagena Agreement: Common Code for the Treatment of Foreign Capital and on Trademarks, Patents, Licenses and Royalties (Andean Group) 1991

Decision No. 24 of the Commission of the Cartagena Agreement Common Regulations Governing Foreign Capital Movement, Trade Marks, Patents, Licenses and Royalties (Andean Group) 1970

47. Decision 292 of the Commission of the Cartagena Agreement Uniform Code on Andean Multinational Enterprises (Andean Group) 1991

48. Articles of Agreement of the Islamic Corporation for the Insurance of Investment and Export Credit 1992

49. Protocolo de Colonia Para la Promocion y Proteccion Reciproca de Inversiones en el MERCOSUR (Intrazona) 1994

50. Recommendation of the Council on Bribery in International Business Transactions (Organization for Economic Cooperation and Development, OECD) 1994

51. Protocolo Sobre Promocion y Proteccion de Inversiones Provenientes de Estados No Partes del MERCOSUR 1994

52. APEC Non-Binding Investment Principles 1994

53. Final Act of the European Energy Charter Conference, the Energy Charter Treaty, Decisions with Respect to the Energy Charter Treaty and Annexes to the Energy Charter Treaty 1994

3. ความตกลงที่มีข้อบท ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน ในสนธิสัญญา หรือความตกลง การค้าเสรี และความร่วมมือในการรวมตัวทางเศรษฐกิจ

ความตกลงในหมวดนี้มีทั้งความตกลงว่าด้วยการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ในระดับภูมิภาค (Regional Integration) ในระดับทวิภาคี (Bilateral) และความตกลงที่กระทำขึ้นโดยองค์การระหว่างประเทศชนิด ไม่ใช่รัฐบาล Non – Governmental Instruments ความตกลงในหมวดนี้ได้แก่ สนธิสัญญา หรือ ความตกลง ดังต่อไปนี้

54. Treaty Establishing the European Community 1957

55. Agreement on Arab Economic Unity 1957

56. Agreement on Andean Sub-regional Integration 1969

57. Treaty Establishing the Caribbean Community 1973

58. Treaty Establishing the Latin America Integration Association 1980

59. Treaty for the Establishment of the Economic Community of Central African States 1983

60. North American Free Trade Agreement, NAFTA 1992

61. Treaty Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa 1993

Treaty for the Establishment of the Preferential Trade Area for Eastern and Southern African States 1981

1. รูปแบบ **Prototype Bilateral Investment Treaties** ซึ่งรวบรวม ระหว่างปี 1959- 1995

เป็นรูปแบบของสนธิสัญญาการลงทุนที่ประเทศที่เป็นแหล่งทุน Home Country ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว (Developed Countries) ทำกับประเทศที่เป็นผู้รับการลงทุน Host Country ซึ่งเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา เป็นข้อสังเกตว่า สนธิสัญญาเหล่านี้ไม่มีการทำขึ้นระหว่างประเทศที่พัฒนาเลย ถึงแม้ว่ากระแสการลงทุนโลกยังคงหนาแน่นอยู่ในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วก็ตาม กล่าวคือ กว่า 70% ของกระแสการลงทุน รูปแบบของ Bilateral Investment Treaty (BIT) ในกลุ่มนี้ได้แก่ Model ต่อไปนี้ คือ

62. Asian-African Legal Consultative Committee Revised Draft of Model Agreements for Promotion and Protection of Investments

63. CARICOM Guidelines for use in the Negotiation of Bilateral Treaties

64. Agreement between the Government of the Republic of Chile and the Government of ----- on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments

65. Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection on Investments

66. Projet d'Accord entre le Gouvernement de la Republique Francaiss et le gouvernement ----- sur l'Encouragement et la Protection Reciproques des Investissements

67. Treaty between the Federal Republic of Germany and ----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments

68. Agreement between the Swiss Confederation and ----- on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment

69. Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of ----- for the Promotion and Protection of Investments

70. Treaty between the Government of United States o America and the Government of ----- concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment

71. Investment Incentives Agreement between the Government of the United States of America and -----

**2. ความตกลง หรือตราสารระหว่างประเทศ ที่ NGO ได้ร่วมกระทำขึ้นเพื่อเป็น
แนวทางปฏิบัติ เกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ**

72. Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and of the Foreign Investment Court (International Law Association) 1948

73. International Code of Fair Treatment for Foreign Investment (International Chamber of Commerce) 1949

74. Guidelines for International Investment (International Chamber of Commerce) 1972

75. Charter of Trade Union Demands for the Legislative Control of Multinational Companies (International Confederation of Free Trade Union) 1975

76. International Chamber of Commerce Rules of Conciliation and Arbitration 1975

77. International Chamber of Commerce Recommendations to Combat Extortion and Bribery in Business Transactions 1977

78. The Business Charter for Sustainable Development: Principles for Environmental Management (International Chamber of Commerce) 1991

79. The CERES Principles 1992

80. Consumer Charter for Global Business (Consumers International) 1995

81. Pacific Basin Charter on International Investment (Pacific Basin Economic Council) 1995

ตัวอย่างรูปแบบการร่วมมือทางเศรษฐกิจในความตกลงต่างๆที่ไม่เหมือนกัน

Agreement	Trade in goods	Common External Tariff	Standards Regulations	Trade in services	Investment	Labor
CAFTA (2004)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
BIMSTEC (2004)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	No
SAARC(2004)	Yes	No	No	No	No	No
EC-Mediterranean Partner (1995-2004)	Yes	No	No	Yes	Yes	No
FTA US-Singapore (2003)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
FTA Chile-Korea (2003)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
ECO (2003)	Yes	No	No	No	No	No
EC-Mexico (2001)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	No
FTA US-Jordan (2000)	Yes	No	No	Yes	Yes	Yes
EC-South Africa (1999)	Yes	No	No	No	Yes	No
Chile-Canada (1996)	Yes	No	No	Yes	Yes	Yes
NAFTA (1994)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
EC-Russian Federation (1994)	Yes	No	Yes	Yes	Yes	Yes
MERCOSUR (1994)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
CIS (1994)	Yes	Yes	Yes	Yes	No	No
COMESA (1993)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
EFTA- Turkey (1991)	Yes	No	Yes	No	No	No
SPFCA (1980)	Yes	No	No	No	No	No
SACU (1969)	Yes	Yes	Yes	No	No	No
Andean Community (1969)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes
Treaty of Rome (1957)	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes	Yes

ที่มา : UNCTAD 2006, Investment Provision in Economic Integration Agreements

โปรดใช้ตารางแนวนอนที่แนบมา
ตารางเปรียบเทียบข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการลงทุนในความตกลงเศรษฐกิจ

บทที่ 3

ผลการศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นหากไทยยอมรับข้อเรียกร้องของ สหรัฐในบทว่าด้วยการลงทุนในด้านต่าง ๆ

การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ

มาตรา 1. Scope and Coverage

ประเด็น บทนิยาม “Investor” และ “Covered investment” เป็นการกำหนดบทนิยาม คำว่า “นักลงทุน” และ “การลงทุน” เพื่อเป็นกรอบการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนที่กว้างขวางไร้ขอบเขต

เพราะ บทนิยามคำว่า การลงทุน และ นักลงทุน เกี่ยวข้องกับหลายสิ่ง หาก ใคร หรือ สิ่งใด อยู่ภายใต้บทนิยามนี้ก็จะได้รับประโยชน์จาก FTA ดังนั้น Portfolio Investment ก็เป็นการลงทุน นักลงทุน และการลงทุน ภายใต้ FTA จะได้รับการคุ้มครอง และสิทธิประโยชน์ภายใต้ FTA ได้แก่

1. สิทธิประโยชน์ทั้งหลายภายใต้ FTA ทั้งหมด
2. การเข้ามา และ ได้รับอนุมัติการลงทุน (Entry, admission and Establishment)
3. การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน ได้รับ ความคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย การคุ้มครองจากการประกอบการ (Full Protection from expropriation) การได้รับการคุ้มครองภายใต้บทการคุ้มครองทั้งหลายเช่นเรื่องเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย และ การได้รับดอกเบี้ยต่างๆ full protection and security
4. การได้รับสิทธิภายใต้การเวนคืนยึดทรัพย์ทั้งทางตรงและทางอ้อม taking of property จากการบังคับใช้กฎหมายของไทย และการป้องกันการถูกทำลายโดย การจลาจล และ การใช้กำลัง
5. การได้รับสิทธิประโยชน์ และ สิ่งจูงใจในการลงทุน (Entitle to incentives) การได้รับสิ่งจูงใจในการลงทุน ทั้ง Tax incentives and non-tax incentives
6. การส่งผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรีหากเป็นผลได้จากการลงทุน (Entitle to freely fund transfer) ไทยอาจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน
7. การนำข้อพิพาทสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (dispute settlement) นักลงทุนฟ้องรัฐได้
8. อัตราส่วนการถือครองหุ้น (Equity ratio) อาจจะเป็น 100 % หรือได้สิทธิ Cumulative Equity Ratio ภายใต้ อาเซียนตามหลัก MFN
9. การได้รับการ(ประติบัติ)ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ/หรือ ชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment ในทุกกรณีภายใต้ FTA ทั้งในระยะก่อน และ หลังการเข้ามาลงทุน (Pre- Post Establishment)

10. การได้รับประโยชน์จากข้อบทเรื่องผู้บริหาร จัดการ (Management, Director) ที่เป็นคนต่างชาติได้ 100% ไม่ต้องเป็นคนไทยในคณะกรรมการบริหาร
11. เหตุที่นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกนอกประเทศโดยไม่จำกัด หรือตกอยู่ภายใต้กรอบมาตรการทางการเงิน Freely funds transfer ข้อนี้ทำให้ยากแก่การควบคุมการส่งเงินออกนอกประเทศโดยเฉพาะไม่สามารถมี Short-Term Capital Control ซึ่งอันตรายอย่างยิ่งไทยเคยหายนะกับเรื่องนี้มาแล้วตอน Financial Crisis
12. การได้รับสิทธิประโยชน์จากกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรอบของ State-Investor dispute settlement นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐได้
13. การได้รับผลประโยชน์ตามความตกลงภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆ ที่ไทยทำไว้ทั้งระดับทวิภาคีและพหุภาคีเช่นสิทธิประโยชน์ภายใต้ ASEAN
14. การได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย และมาตรการการลงทุนอื่นๆ หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น การส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว และตามหลักการ NT/MFN
15. การได้สิทธิในการลงทุน หรือ ควบคุม การลงทุนทางอ้อม (Indirect Own or Control Investment)

แม้ไทยเสนอเฉพาะ “Direct investment” ก็จริงซึ่งถูก Circumvent ได้ไม่ยากนัก

Definition ใน investment chapter ซึ่งขึ้นอยู่กับคำนิยามของคำว่า Investor และ Investment ใน General Definition Clause ด้วย แต่ใน Investment Chapter ไทยได้ยอมรับว่า Investment หมายถึง “Investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. From that an investment may take include:

- (a) an enterprise
- (b) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise
- (c) bonds, debentures, other debt instruments and loans;
- (d) future, options, and other derivatives;
- (e) Turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (f) Intellectual property rights;
- (g) Licenses authorization, permits and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (h) Other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;

เดิมทีถ้อยคำที่ใช้ใน Bilateral Investment Treaty (BIT) ปกติจะนิยาม Investment ว่า “investment brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting Party by nationals or companies of any Contracting Party and which are specifically approved in writing and registered by the host country”

และเดิมทีนั้นการอนุมัติการลงทุนเป็นอำนาจของรัฐเจ้าบ้าน (Host country) ในสนธิสัญญาจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “Each Contracting Party will endeavor to admit in its territory, in accordance with its legislation, the investment of capital by nationals or companies of the other Contracting Party.....” “Investment owned by, or under the management or effective control by nationals or companies of each Contracting Party.....” แต่ต่อไปไทยต้องให้สิทธิการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในระดับ Pre-establishment แก่นักลงทุนอเมริกัน

มาตรา 2 Relation to other chapters

ถึงแม้จะมีถ้อยคำที่ดีที่ว่า 1. In the event of any inconsistency between this chapter and another chapter, the other chapter shall prevail to the extent of this inconsistency. ก็ตาม แต่โอกาสที่ chapter ต่อ chapter จะขัดกัน per se นั้นยาก สิ่งที่จะขัดกันมักเป็นประเด็นภายใน chapter เอง เช่นการลงทุนที่ถูกกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสิ่งห้ามนั้น จะถูกหยิบมาพิจารณาใน chapter การลงทุนมิใช่ chapter สิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะถือว่าเป็น indirect expropriation หรือไม่นั้นจะพิจารณาเป็นกรณีไป ไม่ได้อยู่ในขอบสิ่งแวดล้อมแต่ประการใด และจะโยงมาที่ dispute settlement โดยกลไกอนุญาโตตุลาการเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาการลงทุนว่าจะกระทำได้หรือไม่ ส่วนกรณีที่ขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมก็เป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กล่าวคือเพราะขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงลงทุนต่อไป หรือดำเนินธุรกิจต่อไปไม่ได้

2. มาตรการและขอบทในขอบการลงทุนไม่นำไปปรับใช้กับการนำพันธบัตร หรือหลักทรัพย์ใดๆที่จะต้องนำมาวางเป็นประกันในการให้บริการ คำบริการ

มาตรา 3. National Treatment

มาตรา 3.1, 3.2 ให้นำ National treatment มาปรับใช้ในขั้น pre-establishment ทำให้นักลงทุนและการลงทุน ไทยและสหรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคัดสรร นักลงทุน และการลงทุน ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนอื่นใด (TRIMS) ไม่อาจจะนำมาเป็นเงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหลายท่านอาจจะเห็นว่า TRIMS ก็เหมือนกับที่กำหนด ใน FTA นั้นแท้จริงแล้ว FTA ก้าวล่วงไปกว่านั้นมาก TRIMS-Plus โดยผ่านกลไกของ Negative Approach เพราะไม่ว่า TRIMS จะนำมาใช้ไม่ได้ก็ตามแต่อำนาจอธิปไตยของรัฐด้าน Core Sovereignty ไม่ได้ถูกรบกวน แต่ FTA จะก้าวล่วงเข้ามาถึง Core Sovereignty ด้วยถ้าไทยไปตกลงผูกพันตามนั้น

มาตรา 3.3 ให้ไทยให้ National Treatment แก่นักลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติที่ลงทุนแม้ในระดับท้องถิ่น สหรัฐได้บทเรียนมาจากจีน conflict of law ระดับภายในชาติ

มาตรา 4 Most-Favored-Nation Treatment

มาตรา 4.1, 4.2 ให้ไทยต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่นักลงทุนและการลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้แก่ชาติชาติอื่นๆ ซึ่งย่อมรวมทั้งที่ไทยได้ให้แก่นักลงทุนและการลงทุนอื่นๆภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคใดๆ หรือ ระดับทวิภาคีใดๆ เช่น ภายใต้ความร่วมมือ อาเซียน ตามโครงการ AIA, AFAS, เป็นต้น เท่ากับสหรัฐต้องการ ASEAN-Plus อีกด้วย

ไทยได้สงวนที่จะไม่ให้ความผูกพันในระดับภูมิภาคอยู่ภายใต้มาตรา 4 แต่ต้องดูต่อไปว่าในท้ายที่สุด อเมริกายอมตามหรือเปล่า และคาดหมายได้ว่าไม่ยอม

มาตรา 5 Minimum Standard of Treatment

ให้น่ากฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งกว้างขวาง และส่วนใหญ่วิวัฒนาการจากโลกตะวันตกและประเทศที่พัฒนาแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งไปยกเลิก A New International Economic Order ในช่วง De-colonization ที่เคารพอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ และสิทธิของคนชาติทางด้านเศรษฐกิจ สหรัฐเรียกร้องการคุ้มครองอย่างเต็มที่ "Fair and Equitable treatment", Full protection and security "Do not deny justice...process embodied in the principal legal system of the world" "...to provide the level of police protection required under custom international law" และการปฏิบัติที่ดีกว่าที่สุดระหว่าง NT, MFN, Minimum standard

มาตรา 5.3 หากสหรัฐปฏิบัติผิดในข้อบทใดๆ หรือพันธะภายใต้ความตกลงใดๆ (ที่สหรัฐมิได้เป็นภาคีด้วย) ไม่ถือว่าสหรัฐปฏิบัติผิดพันธะกิจภายใต้สนธิสัญญานี้

สรุป คือ ไทยให้สิทธิใดๆที่ดีกว่า มีประโยชน์กว่าต้องให้สหรัฐด้วย ส่วนข้อพันธะใดๆที่สหรัฐไม่ต้องการผูกพันด้วยโดยไม่ได้เป็นภาคี ไทยจะไปบังคับให้ต้องปฏิบัติตามไม่ได้ รับแต่สิ่งดีๆต้องการได้แต่สิทธิ แต่ปฏิเสธหน้าที่

ข้อ 4. ไทยต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสียหายใดๆ แม้เกิดขึ้นเพราะการใช้กำลัง สงครามกลางเมือง เหตุจลาจลใด ดังนั้นหากในอนาคตเกิดคนไทยลุกฮือขึ้นมาทำลายโรงงาน การลงทุน การเดินประท้วง ทำลายทรัพย์สินใดๆ เกิดเหตุจลาจลไม่ว่าไทยจะใช้อำนาจอย่างเต็มที่ในการเข้าควบคุมดูแล ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) แล้วก็ตามรัฐบาลไทยก็ต้องรับผิดชอบเสมอ เหตุสุดวิสัยไม่เป็นข้อยกเว้นหากไทยยอมตกลงรับ ข้อผูกพันตาม FTA

กรณีที่น่าเป็นห่วงอย่างมาก คือ กรณีที่รัฐวิสาหกิจ สาธารณูปโภคทั้งหลายที่จะแปรรูปเป็นของเอกชนแต่ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรี ย่อมมีโอกาสมากที่จะตกอยู่ในกำมือของนักลงทุนต่างชาติ ที่เหนือกว่าด้วยทุน และเทคโนโลยี ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา รถไฟ โทรศัพท์ แล่งน้ำ ซึ่งจำแนกเป็น แล่งน้ำธรรมชาติ ประปา และ แล่งน้ำในระบบชลประทาน เชื่อนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นในต่างประเทศทำกันเป็นปกติก็จริง ไม่ใช่เรื่องแปลก แต่ถ้าประเทศไทยทำนั้นแตกต่างจากต่างประเทศอย่างมาก เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

รัฐวิสาหกิจเหล่านี้เป็นบริการสาธารณะ ที่มีการลงทุนสูง โดยธรรมชาติเป็นการลงทุนในตลาด Oligopolistic Market หรือบางประเทศเป็น Natural Monopoly ตลาดเช่นนี้โดยธรรมชาติมีการแข่งขันได้

น้อยราย โอกาสที่กิจการตกเป็นของต่างชาติมีมากกว่าจะตกอยู่ในมือคนไทย ในต่างประเทศการแปรรูปรัฐวิสาหกิจยังอยู่ในมือนักธุรกิจคนชาติ เงินยังคงหมุนเวียนอยู่ในประเทศ หรือเป็นผลประโยชน์ของชาติ แต่หากรัฐวิสาหกิจของไทยแปรรูปแล้ว ไปตกอยู่ในมือต่างชาติ ผลกำไรที่ผู้ประกอบการทำได้ ย่อมถูกนำส่งออกนอกประเทศ และ การทำธุรกิจคือการ Maximise Profit เงินทุนต่างๆที่ลงทุนก็ต้องถอนทุนคืนพร้อมกำไร ส่งออกนอกประเทศหมด ตามพันธะภายใต้ FTA เรื่อง Freely fund transfer

ในปัจจุบันพลังงานทดแทนยังไม่ได้พัฒนาไปมากนัก การขาดแคลนพลังงาน ทำให้โอกาสที่ต่างชาติซึ่งได้กิจการเหล่านี้ไป ย่อมอาจจะนำเอาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มาใช้อย่างไม่ต้องสงสัย ซึ่งการลงทุนชนิดนี้สูงมากหากคนไทย ไม่ปรารถนาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เกิดการต่อต้าน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบในทุกกรณี หากต้องยอมให้สร้าง ประเทศไทยก็เสี่ยงกับ โศกนาฏกรรมเช่นโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เชอโนบิลในรัสเซีย ที่เทคโนโลยีสูงมากแล้วยังพลาดได้คนตายจำนวนมากมาขนาดเจ็บและเป็นมะเร็งจำนวนมากมหาศาล เหมือนโดนระเบิดปรมาณู หากไม่ยอมให้สร้างรัฐบาลก็ต้องชดใช้ทรัพย์สิน พร้อมดอกเบี้ยมากมายมหาศาล ที่คนไทยทุกคนต้องแบกรับภายใต้ข้อตกลงเรื่องการชดเชยการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทั้งทางตรง และ ทางอ้อม

รัฐบาลไม่อาจควบคุม หรือกำหนดราคาค่าบริการได้ ผู้บริโภคจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงมาก คนยากจนจะลำบาก

การแข่งขันที่จะสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ การได้ประโยชน์จาก Comparative Advantages และจาก Economy of Scale ได้จริง ๆ นั้น ผู้แข่งขัน (Competitor) ต้องมีศักยภาพพอ ๆ กัน หาก คู่แข่งคนหนึ่งเป็น Champion อีกคนเป็นเด็กพิการขาดอาหาร ย่อมไม่มีโอกาสแข่งขันได้ในทุกกรณี ที่สำคัญไม่มีโอกาสได้แข่งด้วยเพราะถูกตัดโอกาสในการพัฒนาในระยะยาวด้วย

คำว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นบนพื้นฐานเป็นสิ่งสำคัญ มีแต่เงิน และวัตถุ แต่ขาดคุณภาพชีวิตจิตใจหยาบช้า สังคมตกต่ำ ช่องว่างระหว่างคนจนและคนรวยสูงเกินไป ชีวิตคนจำนวนหนึ่งไม่มีสภาพเป็นมนุษย์ เงินของคนรวยก็ไม่สามารถจะเยียวยาสังคมได้

การอยู่อย่างสมถะ พอเพียงตามแนวพระราชดำริ รักษาแผ่นดินไทยไว้ให้ลูกหลานได้อยู่อย่างมีความสุขนานๆ รักษาทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาไทยเอาไว้ให้ยั่งยืน พัฒนาคนไทยให้มีปัญญามาก แนวทางการพัฒนาแบบยั่งยืน Sustainable Development เป็นสิ่งที่เหมาะกับคนไทย ไม่ต้องโตให้เร็วหรือหว่า แต่ช้าลงในกลอง แม้แต่แผ่นดินก็ไม่อาจจะรักษาไว้ให้คนไทยอยู่ ข้าว และ สินค้าเกษตรก็ต้องนำเข้า สภาวะเช่นนี้ อย่างนี้จะสุขหรือ อีกประการหนึ่งการเติบโตทางเศรษฐกิจที่คาดหวังนั้น ย่อมพัฒนามาพร้อมกับค่าครองชีพที่สูงขึ้นตามไปด้วย รายได้ที่เพิ่มมากขึ้นไม่เพียงพอต่อระดับค่าครองชีพที่สูงกว่าตามมา ดังเห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว อาจจะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของคนไทยแย่ลงกว่าเดิม

สหรัฐอเมริกาไม่เปิดเสรีเรื่อง Labor Movement คนไทยไปอเมริกาไม่ได้ นอกจากการลงทุน ซึ่งโอกาสน้อยกว่ามากนัก One way Investment- One way preferential treatment แต่ คนไทยเกิดและ ตายบนแผ่นดินไทย ไม่อาจจะหนีไปไหน ในขณะที่ นักลงทุนอเมริกาซึ่ง ผลาญทรัพยากรธรรมชาติไปหมดแล้วเหลือแผ่นดินที่ว่างเปล่าไว้เบื้องหลังให้คนไทย กับสภาพมลพิษ มลภาวะ สิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ทรัพยากรธรรมชาติถูกใช้สิ้นเปลืองหมดไป และภายใต้ Basel Convention on the Control of

Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal ก็มีหลักการให้ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตสินค้าต้องรับซากสินค้ากลับคืนไป การเข้ามาลงทุนอุตสาหกรรมที่มีพันธะต้องรับซากสินค้ากลับคืนมาทำให้แผ่นดินไทยเป็นที่รองรับซากขยะสินค้าจากทั่วโลกที่ ส่งออกจากประเทศไทย

ข้อ 5. กำหนดให้ฝ่ายไทยต้องรับผิดชอบประการในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะโดยการบังคับ หรือโดยอำนาจตามกฎหมายก็แล้วแต่ (5(a), 5 (b) ไทยต้องให้การชดเชยอย่างเดียวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์สิน ตามหลัก Prompt, adequate, and effective ว่าด้วยการยึดทรัพย์สิน

หากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองบกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในทุกกรณีไทยก็ต้องรับผิดชอบ หากไทยไม่ดูแลเรื่องโรงงานไทยปฏิบัติตามกฎหมาย ไทยก็ต้องรับผิดชอบ และอาจจะต้องชดเชยแบบเดียวกับการเวนคืน ยึดทรัพย์สิน

มาตราข้อ 6. Expropriation and Compensation

จะไม่มีมียึดทรัพย์สินทั้งทางตรงและทางอ้อม เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะ ไม่เลือกปฏิบัติ มีการชดเชยอย่างเต็มที่ และเป็นไปตามกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 5.1-5.3 มาตรา 6.2.b

ส่วนการชดเชยต้องกระทำโดยทันทีไม่ล่าช้า ก่อนการยึดทรัพย์สิน หรือเวนคืนจะได้กระทำขึ้น (before the expropriation took place) ในวันที่ยึดทรัพย์สิน ในราคาตลาดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าใดๆ และการชดเชยต้องสามารถนำเงินส่งออกนอกประเทศได้โดยเสรี ต้องสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่แลกเปลี่ยนได้ด้วย และต้องชดเชยพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามทางพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ใครจะกำหนด เอาอะไรเป็นเกณฑ์กำหนด ตั้งแต่วันที่เวนคืน ยึดทรัพย์สิน จนถึงวันที่ได้ชดเชยจนเรียบร้อยแล้ว (ในข้อนี้ฝ่ายเจรจาได้ชี้แจงว่า ความก้าวหน้าในการตกลงได้ยินยอม ว่าให้หมายถึงการคำนวณค่าชดเชยเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการชดเชยตัวเงินจริงๆ จึงไม่ยืนยันข้อเท็จจริงส่วนนี้ ว่าสหรัฐยอมจริงหรือไม่)

ปัญหาเกี่ยวเนื่องของผลในมาตรานี้คือ กรณีที่มีการตีความว่า การที่นักลงทุน และการลงทุนสหรัฐถูกยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้น หากได้กระทำไปแล้ว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับในมาตรานี้ ไทยย่อมต้องเสียดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถูกตีความว่ายึดทรัพย์สินทางอ้อม ฉะนั้นนอกจากไทยจะต้องรับผิดชอบชดเชยคืนทรัพย์สินตามหลักการเวนคืน ยึดทรัพย์สินแล้ว ยังต้องโดนเรียกร้องให้ชำระดอกเบี้ยด้วยโดยอัตโนมัติ เท่ากับการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้นจะโดนเรียกเก็บดอกเบี้ยเสมอ ได้มีการเจรจาก่อนหน้านี้หรือไม่?

มาตรา 7 Fund Transfers

การโอนเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆ ออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยเสรี และไม่ถูกจำกัด และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตามอัตราท้องตลาดในเวลาทำการโอน ปัญหาที่เชื่อมโยง คือ ประเด็นเรื่อง อะไรคือการลงทุน เพราะผลของกำไรจากการลงทุนโอนได้ทุกชนิด จึงต้องทราบว่า การลงทุนกว้างขวางแค่ไหน ผลประโยชน์จากการลงทุนก็กว้างขวางแค่นั้น การโอนเงินจึงสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดหากการลงทุนถูกนิยามไว้ไม่จำกัด

มาตรา 8 Performance requirements

มาตรการทางการลงทุนที่ถูกกำหนดห้ามภายใต้มาตรา 8 นี้กว้างกว่า TRIMS และที่จริงแล้ว TRIMS เพียงแต่ยกตัวอย่างของ TRIMS เท่านั้นและอยู่ภายใต้สิทธิในการเสนอขอเจรจาได้หลังจากผ่านช่วงเปลี่ยนผ่าน และ TRIMS นั้นห้ามเฉพาะที่รัฐเจ้าบ้านกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเพื่อรับการลงทุน หรือ ส่งเสริมการลงทุน แต่ตาม FTA นั้น ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงื่อนไข (มาตรา 8.2) หรือ แม้ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขการรับการลงทุน (มาตรา 8.1) ก็กระทำไม่ได้ โดยเหตุนี้ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการลงทุนแก่ประเทศเจ้าบ้านเช่น การถ่ายโอนเทคโนโลยี การพัฒนาวิทยาการ การบริหารการจัดการ การตลาดหรือ มาตรการอื่นๆที่ไทยเคยใช้เพื่อส่งเสริมการลงทุนจึงไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป ยิ่งกว่านั้นที่เคยคิดว่าการลงทุนเป็นการดึงดูดเงินเข้าประเทศนั้นก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะทุกบาททุกสตางค์ที่นำเข้ามาในประเทศนั้น ในที่สุดจะถูกส่งออกไปทั้งหมดพร้อมกับกำไรที่มากกว่าก็ได้ จะไม่เหลืออะไรสำหรับแผ่นดินและคนไทย ทุนหมุนเวียนที่คงเหลือในประเทศก็เป็นไปเพื่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของบริษัท (To maximize profit)

แม้จะปรากฏในวรรค 3 (a) ว่าไม่เป็นข้อห้ามที่จะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อกำหนดที่ทำการผลิต ให้บริการ ฝึกหัดคน พนักงาน จ้างงาน ก่อสร้าง ติดตั้งอุปกรณ์ วัสดุ เครื่องมือ หรือเพื่อการวิจัยและพัฒนา ก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์โดยส่วนเดียวภายในการดำเนินการของผู้ประกอบการภายในองค์กรเท่านั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ของสังคมไทยโดยรวม รวมทั้งข้อ 3(b) ไม่ให้นวรรค 1 (b) มาปรับใช้ในการถ่ายโอนเทคโนโลยี ขบวนการผลิต หรือความรู้อื่นใดแก่บุคคลในประเทศเจ้าบ้านก็ตาม ก็เป็นเพียงผลประโยชน์ขององค์กรธุรกิจโดยตรงเท่านั้น

มาตรา 8.3 (c) นั้นอนุญาตให้กำหนดมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม adopting or maintaining measures, including environmental measures” ก็จริงแต่ไม่ได้กล่าวถึงการบังคับตามมาตรการทางสิ่งแวดล้อมด้วย ยิ่งกว่านั้นข้อบทการลงทุนกำหนดไว้ชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดกับความตกลง FTA นี้ “law and regulations that are not inconsistent with this Agreement” จะเห็นได้ว่านักลงทุนกับปัญหาสิ่งแวดล้อมย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุนหากกระทำการลงทุนและเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ตามมาตรา 5.5 (a), (b) ประกอบมาตรา 4 (a) Annex B.

มาตรา 9 Senior Management and Boards of Directors

สนธิสัญญากำหนดห้ามที่จะมีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหารที่ไทยเคยกำหนดไว้เพื่ออำนาจในการควบคุม บริหาร และ ดูแลองค์กรธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าไทยไม่มีโอกาสเป็นเจ้าของบริษัทต่างชาติ เพราะไทยไม่สามารถกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท Limitation of Equity Ratio อีกต่อไป ต่างชาติสามารถเป็นผู้ถือครองหุ้นได้ 100% และไม่มีโอกาสเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่ไทยเคยทำได้

มีผู้โต้แย้งว่าไทยเราก็ได้เคยให้สิทธิในการถือครองหุ้น 100% มาแล้วไม่มีอะไรต้องกังวลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจว่าโดยหลักกฎหมายทั่วไปเรามีข้อจำกัดในเรื่องการถือครองหุ้นไม่เกินอัตราส่วนข้างมาก 49:51 มาโดยตลอดจนกระทั่งการมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่อนุญาตให้ต่างชาติ

ถือครองได้มากกว่าอัตราที่กำหนด ได้ถึง 100% แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุน มีเงื่อนไขต่างๆมากมายเช่น ข้อกำหนดในเรื่อง Local content requirement, Export, Allocation of investment, etc. และอีกกรณีคือภายใต้ Hanoi Plan ของความร่วมมืออาเซียน และ Short Measures เพื่อกระตุ้นการลงทุน หลังวิกฤตทางการเงินที่ผ่านมา นั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นล้วนแต่เป็นมาตรการชั่วคราว และมาตรการเฉพาะ ซึ่งจะยกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ ไม่เป็นกฎหมายที่ออกมาถาวร ส่วนผลของ FTA นั้นจะทำให้ไทยต้องออกกฎหมายมาอนุวัติการตามข้อผูกพันในสนธิสัญญา

แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้มีกฎหมายกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้น 49-51 % ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ในหลายรูปแบบ เช่น การถือหุ้นในระบบ โนมินีก็จริงแต่สิ่งเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งกระทำผิดกฎหมาย หากมีการตรวจสอบและพบ ย่อมเป็นการกระทำผิด อย่างน้อยบุคคลที่มีคุณธรรม จริยธรรมย่อมมีหิริโอตตัปปะ เกรงกลัวไม่กล้ากระทำ หรือหากใจหยาบกล้ากระทำก็ต้องคอยหวาดกลัวว่าจะถูกตรวจพบการกระทำผิดกฎหมายนั้นๆ จึงไม่เหมือนกันอย่างแน่นอน

แม้ว่ามาตรา 9.2 จะอนุญาตให้กระทำได้แต่ตกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าต้องไม่ทำให้อำนาจการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสีย หรือด้อยลงไป จึงเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติย่อมยากที่จะปฏิบัติตามได้ยิ่งโอกาสที่นักลงทุนเป็นเจ้าของทั้งหมด ย่อมไม่มีโอกาสที่คนไทยจะเข้าไปก้าวทันได้

มาตรา 10 Investments and Environment

ถึงแม้ถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวจะอ่านแล้วดูดีก็ตามแต่ต้องตกอยู่ภายใต้บริบทที่ว่า “Measure otherwise consistent with this Chapter”

มาตรา 12 Non-Conforming measures

3. หลังจากสนธิสัญญามีผลบังคับแล้วรัฐภาคีจะไม่ใช้มาตรการในการให้นักลงทุนขาย หรือจำหน่ายจ่ายโอน ถอนการลงทุน ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน

มาตรา 14 การยุติข้อพิพาทซึ่งให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง

ทำให้รัฐบาลไทยมีโอกาสถูกฟ้องเป็นหมิ่น เป็นพันล้านได้โดยง่าย เช่นที่เกิดขึ้นใน เม็กซิโก แคนาดา หรือ รัฐอาจจะหาทางออกโดยยอมแพ้เพื่อแลกกับการที่จะไม่ต้องถูกฟ้องโดยเอกชน ย่อมไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคนชาติ หรือยอมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติก็ถูกกระทบไปด้วย

ข้อที่น่าสังเกตคือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่านักลงทุนไทยในการฟ้องร้องรัฐได้เนื่องจากเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนต่างด้าว จริงอยู่ที่สนธิสัญญาย่อมบังคับสองฝ่าย แต่ในความเป็นจริง ฝ่ายไทยมีโอกาสน้อยกว่าในการได้ประโยชน์จากข้อนี้ หากไทยลงทุนในสหรัฐไม่มากเท่าสหรัฐมาลงทุนในไทย อีกทั้งอำนาจและความรู้ที่แตกต่างกันในการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญา

ข้อ 5. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันรัฐภาคี และรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยพลัน และในข้อ 6 รัฐภาคีจะไม่เรียกร้องหักกลบกับเงินที่จะได้รับจากการชดเชย

มาตรา 15 การนำข้อพิพาทสู่การอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการผลิตสัญญาในพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา ผลิตสัญญาการลงทุน หรือผลิตหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการลงทุน และนักลงทุนไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม

รับรองกฎ ระเบียบของ UNCITRAL, ICSID, New York Convention, การบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยต้อง enforce arbitration award ให้โดยไม่ต้องพิจารณาดีซ้ำโดยเหตุที่ Arbitration Award นั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายในตัวเองเป็น Pacta Sunt Servanda การไม่ปฏิบัติตาม Arbitration Award จึงเป็นเพียงการผลิตสัญญาเท่านั้น ดังนั้น FTA จึงเรียกร้องให้ศาลไทยบังคับการตาม Arbitration Award ให้ด้วยโดยพลัน

มาตรา 16 Consent of each party to arbitration

โดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการ จะต้องได้รับการยินยอมจากคู่ภาคีจึงต้องให้รัฐภาคีให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และให้เป็นไปตามบทบัญญัติ ICSID เรื่องเขตอำนาจเหนือการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งให้บังคับการตาม New York Convention ด้วย

มาตรา 21 Governing Law

ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายที่คู่ภาคีตกลง, ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้ใช้กฎหมายขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ

การตีความภายใต้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการร่วม และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความเห็น หรือการตีความของคณะกรรมการ และหากคณะกรรมการไม่ให้คำตัดสิน ให้อำนาจตกเป็นของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ข้อ 10

ให้ถือว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้า พาณิชย์ ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ของ New York Convention

“A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purpose of Article I of New York Convention”

มาตรา 29

แม้จะมีมาตรการจำกัดการส่งออกเงินเมื่อมีภาวะเสียดุลทางการเงินก็ตามแต่กลับตกอยู่ภายใต้มาตรการของ IMF จะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ และความเสียหายทางเศรษฐกิจของอีกฝ่ายหนึ่ง

Annex A Customary International Law นิยามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมโลก โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่มีโอกาสได้เห็น หรือศึกษา Annex ต่างๆ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

ไม่มีโอกาสเห็น General definition, Entry into force, consent to be bound by State

Expropriation Annex B

4. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by- case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the government action,
- (iii) the character of the government action

ไม่มีโอกาสเห็นสนธิสัญญาทั้งฉบับนั้นเสี่ยงมากเพราะต้องอ่านทั้งฉบับ ไม่ทราบว่ามีข้อบทใดที่อาจจะกระทบข้อบทอื่น เช่นนักลงทุนอาจจะได้ Double wind fall benefit จากการส่งเสริมการลงทุน เช่นการยกเว้นภาษี และขณะเดียวกันก็ได้รับสิทธิประโยชน์ตาม FTA ด้วย หรือประเด็นการลงทุนกับเรื่องวิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ปัญหาด้านภาษีอากร ไทยได้ทำข้อสงวนเรื่องกฎหมายภาษีอากรไว้รัดกุมเพียงใดมีฉะนั้นการลงทุนที่ควรจะต้องให้ภาษีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทยจะตกอยู่ภายใต้การขณเงินออกนอกประเทศ และไม่ต้องเสียภาษี ทั้งจากผลของ Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Haven, Conduit Company etc. รายได้ของชาติคือภาษีอากรหากรัฐบาลไม่ได้เก็บภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย ชาติก็ไม่เหลืออะไร และไม่มีงบประมาณมาพัฒนาประเทศชาติ

นอกจากนี้ภายใต้สนธิสัญญาที่ญี่ปุ่นทำกับประเทศอื่น ในลักษณะสนธิสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ที่ไทยทำกับญี่ปุ่น (อาจจะปรากฏในความตกลง ไทย - ญี่ปุ่นด้วย) การเรียกเก็บภาษีอาจถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อมได้ ซึ่งหากไทยได้ทำกับญี่ปุ่น อเมริกาย่อมได้ประโยชน์อย่างเดียวกันภายใต้หลัก MFN ด้วย (ในประเด็นนี้กำลังพยายามหา Text มาดูเพื่อยืนยันข้อมูล)

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายในกระบวนการทำสนธิสัญญา

อำนาจอธิปไตยของรัฐ

1. กระบวนการเจรจาทำสนธิสัญญา: การมีส่วนร่วมของภาคส่วนที่ถูกกระทบโดยตรงและผู้เชี่ยวชาญเฉพาะทาง รัฐบาลควรให้ความสำคัญกับการทำสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของประเทศชาติ และ ประชาชนส่วนใหญ่ของประเทศ เพราะ FTA ส่งผลกระทบต่อโครงสร้างทางเศรษฐกิจของชาติ ทำให้เป็นระบบ Capitalism ที่เน้นการเปิดเสรีเต็มรูปแบบ TNCs จะเป็นผู้กุมอำนาจทางเศรษฐกิจ ลดบทบาทอำนาจรัฐ ลดการเข้ามากำกับดูแลของรัฐ ลดอุปสรรคจากระเบียบ กฎหมาย ข้อบังคับ ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคนชาติซึ่งด้อยกว่าในเรื่องทุน เทคโนโลยี การบริหารจัดการไม่อยู่ในภาวะที่แข่งขันได้ และเกี่ยวข้องกับทุกภาคส่วนของสังคม จึงควรที่จะให้ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้านเข้ามา

ดูแล ตลอดจนภาคส่วนนั้นๆโดยตรง เข้ามามีส่วนร่วมในการพิจารณามากกว่าข้าราชการประจำเพียงส่วนเดียว ในขณะที่สหรัฐอเมริกาจะใช้ Professional โดยตรงในแต่ละเรื่อง โดยเฉพาะนักกฎหมายที่เชี่ยวชาญในแต่ละเรื่องจริงๆ มาดูแลในส่วนต่างๆนั้นโดยตรง

2. ขั้นตอนการแสดงเจตนา ยินยอมของรัฐในการผูกพันตามสนธิสัญญา (Consent to be bound by a treaty expressed by signature, ratification, acceptance or approval etc) การแสดงเจตนายินยอมผูกพันสนธิสัญญาโดยรัฐ ซึ่งอาจจะกระทำได้หลายวิธีนั้น ได้แก่ การลงนาม การให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว การให้ความเห็นชอบ การยอมรับ เป็นต้น ไทยควรที่จะต้องตกลงให้สนธิสัญญานั้นผูกพันรัฐโดยวิธีการให้สัตยาบันหลังจากลงนามแล้ว มิใช่ให้ผูกพันทันที เมื่อลงนาม เพื่อเป็นโอกาสที่ไทยจะได้พิจารณาข้อบทที่จะถูกบังคับใช้ ที่ถูกต้องแท้จริง (Authentic Text) เพราะก่อนหน้านี้ทุกฝ่ายไม่ว่าจะทราบว่สนธิสัญญามีสาระอย่างไรบ้าง จริงๆจนกว่าจะได้มีการ Authentication เสียก่อน จึงควรให้เวลารัฐบาลโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และประชาชนพิจารณา ชั่งน้ำหนัก ส่วนได้และเสีย ให้รอบคอบก่อน และไม่ควรจำกัดเวลาในการให้สัตยาบัน เพราะสหรัฐอเมริกาเองก็เคยใช้เวลาในการตัดสินใจให้สัตยาบันนานกว่า 40 ปีก็มีในสนธิสัญญาที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามไว้แล้ว

การทำ FTA นั้นต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา (และภาคส่วนที่เกี่ยวข้อง) เพื่อเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ และการให้สัตยาบันสนธิสัญญา จึงจะกระทำได้โดยต้องให้รัฐสภาเห็นชอบในสนธิสัญญานั้นเสียก่อน (โปรดดูขั้นตอนในการทำสนธิสัญญา)

3. ความไม่เท่าเทียมกันในอำนาจต่อรองระหว่างการเจรจา ที่ไทยต้องเป็นฝ่ายยอมรับข้อบทที่สหรัฐอเมริกาเสนอมาเพียงฝ่ายเดียว Take it or leave it ไม่อาจจะเจรจากบนพื้นฐานที่เท่าเทียมกัน ผิดหลักการเจรจาของรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกัน ในประชาคมโลก การยอมตามสหรัฐอเมริกาในทุกข้อบทเท่ากับยอมรับอำนาจอธิปไตยที่เหนือกว่าของสหรัฐ กล่าวคือยอมรับกฎหมายของสหรัฐทั้งที่ขัดต่อกฎหมายของไทย เช่นกฎหมายสิทธิบัตร ตลอดจนการที่ไทยต้องแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายของชาติจำนวนหลายฉบับเพื่ออนุวัติการตามสนธิสัญญาให้เป็นไปตามกฎหมายอเมริกา นั้นเท่ากับอธิปไตยทางบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการถูกก้าวล่วงโดยอ้อม ศาลไทยก็ต้องช่วยบังคับการตามกฎหมายอเมริกาให้อเมริกาไปด้วยทางอ้อม

4. เมื่อรัฐผูกพันตามสนธิสัญญาแล้วตามกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐจะปฏิเสธความผูกพันโดยอ้างว่าการทำสนธิสัญญาขัดต่อกฎหมายภายในไม่ได้ตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 46 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 เว้นแต่ มาตรา 46 กำหนดว่าการขัดต่อกฎหมายนั้นๆเป็นที่เห็นประจักษ์แล้ว หรือกฎหมายนั้นเป็นสาระสำคัญอย่างยิ่ง ไทยจึงพึงตระหนักว่าการลงนามในสนธิสัญญาแล้วผูกพันรัฐทันทีนั้นอันตรายอย่างยิ่งและจะต้องรอการสิ้นสุดการคุ้มครองที่จะต้องรอเวลาอีกอย่างน้อย 10 ปี กว่าความผูกพันจะหมดสิ้นเพราะ ถึงแม้การยกเลิกสนธิสัญญาจะกระทำได้ทันที แต่บริษัทที่เข้ามาลงทุนอาจจะได้ผลประโยชน์ตามสนธิสัญญาต่อไปอีก 10 ปี หรือตามที่รัฐภาคีจะตกลง

กันหากอเมริกาได้สิทธิตาม MFN (ทั้งนี้เนื่องจากไทยลงนามในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนอาเซียนที่มีข้อบทว่า Article XIII (2) This agreement shall thereafter continue in force unless terminated by any Contracting Party giving not less than six months written notice through diplomatic channels. Provided however that in respect of investments made while the Agreement was in force. Its provisions shall continue in effect with respect to such investment for a period of ten years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rule of international law. และขณะเดียวกันอเมริกาก็ได้ขอให้ไทยให้ MFN แก่อเมริกาด้วย นักลงทุนตามสนธิสัญญาข้างต้นได้สิทธิดังกล่าวหากนักลงทุนอเมริกาได้สิทธิ MFN ก็ย่อมได้สิทธินี้ด้วย)

5. หากรัฐผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว สนธิสัญญาจะมีผลบังคับเหนือรัฐทั้งประเทศไม่ว่าจะแบ่งแยกได้ ทั้งนี้ตามมาตรา 29 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ซึ่งบัญญัติว่า “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.”

6. ข้อบท เกี่ยวกับ Entry into force, Withdrawal, Authentic Text, Consent to be bound by State, Modification, Amendment ในสนธิสัญญาเป็นอย่างไร ต้องพิจารณาด้วย

ทฤษฎีกฎหมายว่าด้วยการเปิดเสรี

1. ยังมีการเข้าใจที่คลาดเคลื่อนอย่างมากเกี่ยวกับ Negative Approach, Positive Approach และ Negative List เพราะว่าไม่ว่าจะเจรจาบนบทฤษฎี Negative or Positive Approach ก็สามารถที่จะมี Negative list ได้ ซึ่งมีความหมายสองลักษณะคือ Negative List ที่มีฐานะเป็น Exception (General exception, Specific Exception, Sectoral Exception etc) กับ Negative List ที่เป็นบัญชีที่ไม่เปิดแต่จะค่อยๆเปิดตามหลัก Stand still and Roll Back ส่วน Negative List ที่เป็น Exception นั้นไม่จำเป็นต้องเปิดเพราะเป็น Exception อยู่นอกเหนือความผูกพันที่จะเปิดเสรี

2. รูปแบบการเปิดเสรีมีมากมายหลายรูปแบบไม่จำเป็นต้องทำเป็น Package หรือ Across the Board ก็ได้ โดยหันไปทำเป็นแบบ Sectoral Liberalization ตามแต่ที่เราพร้อมที่จะแข่งขัน และเปิด เช่น จีนและอินเดีย ที่ไม่ยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอทุกรูปแบบ หรือเปิดแบบ Positive approach ที่เปิดเฉพาะ Positive List

3. การให้การปฏิบัติแบบ National Treatment and Most-Favored-Nation Treatment นั้นสามารถมีข้อยกเว้นได้ ไม่ตกอยู่ภายใต้ความผูกพันของ FTA ไทยควรเสนอข้อยกเว้น NT/MFN ในเรื่องที่สำคัญ

4. Core Sovereignty เป็นสิ่งที่สามารถกำหนดยกเว้นได้ เพราะเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่ไม่อาจก้าวล่วงได้

บทที่ 4

ศึกษาผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐกับนักลงทุน (State- Investor Dispute Settlement)

โดยการศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ และการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมที่เกิดขึ้นในคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม

ในบทนี้จะศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นจากกลไกการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐ กับนักลงทุน (State – Investor Dispute Settlement) ในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งกลไกการระงับข้อพิพาทดังกล่าวที่กำหนดไว้ในความตกลง FTA ไทย สหรัฐนั้นให้ใช้กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ซึ่งปัจจุบันนี้กลไกดังกล่าวเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางในการระงับข้อพิพาทในระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศ และการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเหตุผลเพื่อการอำนวยความสะดวกรวดเร็ว และ เชื่อว่าอนุญาโตตุลาการเป็นกลางและเป็นธรรมสำหรับผู้ประกอบการ นักลงทุน เนื่องจากองค์คณะผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการ (Arbitrators) เป็นบุคคลที่แต่ละฝ่ายพิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นกลาง ไม่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้อง ทั้งทางการเมือง นโยบาย และระบบกฎหมายในรัฐที่รับการลงทุน โดยเน้นเหตุผลทางด้านการเปิดเสรีเป็นหลัก กระบวนการระงับข้อพิพาทไม่สลับซับซ้อน ไม่ยุ่งยาก และ ไม่ต้องเผชิญกับความยากลำบากทางกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินกระบวนการพิจารณาที่ยากแก่การทำความเข้าใจสำหรับนักลงทุนต่างชาติในประเทศที่รับการลงทุน นอกจากนี้ กลไกการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ยังเป็นกลไกที่ได้รับการสนับสนุน ส่งเสริมทั้งจาก ICSID (International Center for Settlement of Investment Dispute) สหประชาชาติ และองค์กรตุลาการภายในประเทศด้วย โดยถือว่าเป็นการยุติข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Settlement Measure) ที่มีประสิทธิภาพ ในปัจจุบันจึงมีการกำหนดให้อนุญาโตตุลาการเป็นกลไกที่ใช้ในการยุติข้อพิพาท ทั้งภายในประเทศ และ ระหว่างประเทศอย่างกว้างขวาง

อย่างไรก็ตามประเด็นการเปิดเสรี และ การยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เกี่ยวข้องโดยตรงกับปัญหาที่สำคัญประการหนึ่ง คือ มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ประเด็นปัญหานี้ มีความสลับซับซ้อน และ ละเอียดย่อยอย่างมากในการพิจารณาและ การบังคับใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ หลักกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งอาจจะเป็นมาตรการที่ไม่ปล่อยให้มีการเปิดเสรีโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมและสังคม และหากมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมมีผลบังคับที่เหนือกว่า ย่อมสามารถเป็นมูลฐานในการที่จะเป็นมาตรการที่ยกเว้นการเปิดเสรีในกรณีที่เกี่ยวข้องได้ หาก การเปิดเสรีในกรณีนั้นๆ จะกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและเป็นอันตรายต่อสังคมมนุษย์ จากประเด็นความขัดแย้งระหว่างมาตรการในการธำรงรักษาสีเขียวสิ่งแวดล้อม กับวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรี ทั้งทางด้านการค้าและการลงทุน จึงเป็นประเด็นปัญหาที่จะต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อนตามกรอบของ WTO กับหลักการทางกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ดังต่อไปนี้ และจะวิเคราะห์ต่อไปถึงกลไก

การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการกับข้อพิพาททางการลงทุนภายใต้ข้อกำหนด FTA ไทย สหรัฐ โดยการศึกษาเปรียบเทียบกับกลไกการยุติข้อพิพาทโดยศาลยุติธรรมในประเด็นข้อพิพาทระหว่างการค้า การลงทุนที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีแนวโน้มในทางที่แตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ

หลักการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

ภายใต้ GATT/WTO กับการเปิดการค้าเสรี

ในสองทศวรรษที่ผ่านมา ได้มีพัฒนาการอย่างกว้างขวาง ที่จะส่งเสริมแนวคิดในเรื่องการ คุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยทั่วไป การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นแนวทางที่กว้างขวางมาก ครอบคลุมรูปแบบ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทั้งในแนวทางแบบดั้งเดิม นับตั้งแต่เรื่องการป้องกัน การก่อกมลพิษ เช่น การ ปล่องสารพิษในอากาศ และ น้ำ จนถึงเรื่อง การอนุรักษ์ พันธุ์พืช พันธุ์สัตว์ที่กำลังจะสูญพันธุ์ ไปจนถึง เรื่องการสงวนรักษามรดกภูมิทัศน์ ความเป็นธรรมชาติ และ ความบริสุทธิ์ของสิ่งแวดล้อมทางภูมิศาสตร์ รวมทั้งการรักษาภาวะสมดุลแห่งสภาพแวดล้อม และชั้นบรรยากาศ การบรรลุเป้าหมาย และ จุดมุ่งหมายนี้ไม่อาจจะดำเนินไปได้หากไม่มีการร่วมมือกันในทางระหว่างประเทศอย่างจริงจัง

ขณะเดียวกัน ประเด็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการค้าระหว่างประเทศ และ สิ่งแวดล้อม เพิ่งจะ ได้รับความสนใจและบรรจุอยู่ในวาระการเจรจาทางการค้าด้วย อย่างไรก็ตามแนวคิดของบุคคลที่ เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กลับมีมุมมองที่แตกต่างกัน เช่น นักอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม มองว่าการเปิด เสรีทางการค้า ทำให้พัฒนาการทางเศรษฐกิจดำเนินไปโดยไม่คำนึงถึงสิ่งแวดล้อม และ ไม่มีการหยุดยั้ง การทำลายสิ่งแวดล้อม มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้รับการพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคของการค้าเสรี ในทางตรงกันข้ามนักการค้าเสรีกลับมองว่ามาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นเพียง เครื่องมือในการกีด กันทางการค้า

ความสัมพันธ์ระหว่างการค้าและสิ่งแวดล้อมเป็นสิ่งที่มีความสลับซับซ้อนอย่างมาก และมีหลาย ระนาบ ดังนั้น เพื่อที่จะทำความเข้าใจเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างการค้า กับสิ่งแวดล้อม จึงจำเป็นที่ จะต้องศึกษากรอบแห่งกฎเกณฑ์ หรือกฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และ พิจารณา วิเคราะห์กรอบแห่งกฎหมายเหล่านี้เพื่อการปรับปรุงให้เหมาะสม และเป็นประโยชน์ในการเอื้อ ต่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงต่อไป

ประเด็นที่สำคัญในการพิจารณาประการแรก คือการใช้มาตรการกีดกันทางการค้าในการคุ้มครอง สิ่งแวดล้อมภายในประเทศ ของประเทศที่นำสินค้าเข้า ประการที่สอง ในทางตรงกันข้าม คือการใช้ มาตรการกีดกันทางการค้าเพื่อตอบโต้ต่อนโยบายการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมของอีกประเทศหนึ่ง มาตรการ ดังกล่าวทั้งสองลักษณะ สะท้อนให้เห็นใน อนุสัญญาว่าด้วยการขนส่งระหว่างประเทศสัตว์ที่กำลังจะสูญ พันธุ์ (Convention on International Traffic in Endangered Species: CITES) ซึ่งใช้มาตรการ การ ควบคุมการค้าเป็นเครื่องมือโดยตรงในการบรรลุเป้าหมายเพื่อการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม โดยพิจารณาว่า การกีดกันทางการค้า เป็นบทลงโทษ ต่อรัฐที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานสากลในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ เพื่อบังคับให้รัฐที่ยังไม่มีกฎหมาย หรือมาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ต้องออกกฎหมาย และ บังคับการให้มีการใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ หลักการของแนวคิดนี้ คือ หลักการป้องกัน มิให้เกิด แนวความคิดเรื่อง “Race to the Bottom” อันเป็นการป้องกัน การแข่งขันทำให้มาตรฐานสิ่งแวดล้อม

ต่ำลงเพื่อเป็นแรงจูงใจให้มีการ เคลื่อนย้ายการค้า และ การลงทุน ไปสู่ประเทศเหล่านั้น เนื่องจากมี ต้นทุนทางการผลิต และ การค้า ที่ต่ำกว่า เพื่อให้มีความได้เปรียบในการแข่งขันที่ดีกว่า ประเทศที่มี มาตรฐานของสิ่งแวดล้อมที่สูงกว่า และ ทำให้ต้นทุนในการผลิต การดำเนินการ และ การค้าสูงกว่า ทำให้ เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขัน เป็นต้น

การศึกษาต่อไปนี้ จึงเป็นการสำรวจ ตรวจสอบ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศที่มีอยู่ และกรณี ต่างๆ ที่มีผลกระทบต่อมาตรการทางการค้าที่คำนึงถึงพื้นฐานทางด้านสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมาย และ กรณีที่เกิดขึ้น ภายใต้กรอบของ GATT/WTO, ความตกลงการค้าเสรี และ NAFTA ซึ่ง สะท้อนให้เห็นการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ และบรรทัดฐานทางกฎหมาย ที่ได้กำหนด แนวทางในบริบทของประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม นอกจากนี้ก็ได้ศึกษาวิวัฒนาการของกรอบ กฎหมายการค้าระหว่างประเทศ และ กฎหมายสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ ที่มีการยอมรับมาตรการทาง การค้าที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมด้วย

1. มาตรการกีดกันสินค้าที่ข้ามพรมแดน กับหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ มาตรการภายในประเทศ (Border Measures and National Treatment with respect to Internal Measures)

มาตรา I, II, และ มาตรา XI ของ GATT ห้ามการใช้มาตรการกีดกันสินค้าที่ข้ามพรมแดนไม่ว่า จะเป็นการส่งออก หรือ การนำเข้าสินค้า เว้นแต่เป็นกรณีที่ตกอยู่ภายใต้ ข้อยกเว้น ในขณะเดียวกัน GATT ก็มีข้อห้ามในการใช้มาตรการภายในประเทศที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อสินค้านำเข้า ที่แตกต่างจาก มาตรการที่บังคับใช้กับสินค้าที่ผลิตภายในประเทศ กล่าวคือหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ทั้งนี้ตามมาตรา III ของ GATTนั่นเอง

และเห็นได้อย่างชัดเจนว่า นโยบาย หรือ มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่รัฐจะนำมาใช้ควบคุม การนำเข้าสินค้าที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ย่อมตกอยู่ในประเด็นดังกล่าว ที่อาจจะขัดแย้งกับหลักการ การค้าเสรีได้ ประเด็นปัญหา คือการพิจารณาว่ากรณีใดบ้างที่เป็นมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่าง แท้จริง มิใช่มาตรการกีดกันทางการค้าทางอ้อม จึงจำเป็นต้องพิจารณาว่ามาตรการดังกล่าวตกอยู่ภายใต้ หลักเกณฑ์อันเป็นข้อยกเว้น ตามมาตรา XX หรือไม่

มาตรา XX ได้บัญญัติข้อยกเว้นสำหรับการใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม จากหลักการทั่วไปของ GATT โดยจะต้อง “เป็นมาตรการที่ไม่ได้ปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการอำเภอใจ หรือมีการเลือก ปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม” ต่อประเทศต่างๆที่มีสถานการณ์ หรืออยู่ในสภาวะแวดล้อมเดียวกัน หรือ คล้ายคลึงกัน แต่กลับมีการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกัน กล่าวคือ การขัดต่อ หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับ อนุเคราะห์ยิ่งนั่นเอง (Most – Favored - Nation Treatment: MFN) หรือหากเลือกปฏิบัติที่แตกต่างจาก

คนชาติก็เป็นการขัดต่อ หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาตินั้นเอง (National Treatment: NT) หรือต้องไม่มีการใช้มาตรการสิ่งแวดลอมเป็นเครื่องมือในการกีดกันทางการค้าทางอ้อม (Disguised Restriction on International Trade)¹⁶

ในบรรดามาตรการต่างๆ ที่อาจจะเข้าข่ายกเว้นที่มาตรา XX¹⁷ กำหนดไว้ คือ “ความจำเป็นในการปกป้อง คุ่มครองชีวิต หรืออนามัยของมนุษย์ สัตว์ และ พืช” ซึ่งเป็นข้อยกเว้นในมาตรา XX (b)¹⁸ และมาตรการที่ “เกี่ยวข้องกับการอนุรักษ์ สงวนรักษา ทรัพยากรธรรมชาติ ที่สิ้นเปลืองหมดไปไม่อาจจะทดแทนได้” ในระยะเวลาอันสั้น หากมาตรการดังกล่าวได้นำมาปรับใช้อย่างมีประสิทธิภาพต่อการจำกัดในการผลิตและบริโภค ภายในประเทศนั้นๆ ด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา XX (g)¹⁹

ปัญหาเกี่ยวกับการใช้มาตรการเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดลอมจึงอยู่ที่การตีความ คำว่า “สิ่งแวดลอม” เนื่องจากไม่มีการให้คำนิยามคำว่า สิ่งแวดลอมไว้ในที่ใดๆ ของบทบัญญัติของ GATT เลย จึงเป็นที่สงสัยว่าเจตนารมณ์ในการใช้บทบัญญัตินี้ให้ใช้ในความหมายที่กว้างขวาง ซึ่งอาจจะรวมไปถึงสิ่งแวดลอมที่เกี่ยวข้องกับคุณค่าทางจิตใจ และ ศิลปะความงดงาม ด้วยหรือไม่ หรือถ้านิยามแคบลงมาก็เกี่ยวข้องกันนโยบาย

กรณีพิพาทที่พิจารณาได้อย่างเป็นรูปธรรม ตามมาตรา XX (b) เช่นการคุ้มครองสุขอนามัยจากการแพร่เชื้อโรค โดยการสั่งห้ามการนำเข้าสินค้าที่ปนเปื้อนเชื้อโรค หรือสารพิษ หรือในการคุ้มครองสุขอนามัย หรือ ชีวิตของพืช หรือ สัตว์ เช่นการสั่งห้ามการนำเข้าพืช หรือสัตว์ ที่มีการแพร่เชื้อโรคติดต่อ เป็นต้น

สำหรับมาตรา XX (g) นั้นมีวัตถุประสงค์ในการป้องกันการสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติที่สิ้นเปลืองหมดไป หรือ ไม่อาจจะทดแทนใหม่ได้ในเวลาอันรวดเร็ว เช่น แร่ธาตุ ป่าไม้ น้ำมันปิโตรเลียม ซึ่งถือว่าเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจ และทำให้สภาพทางเศรษฐกิจมีความมั่นคง

¹⁶ “Such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade”

¹⁷ Article XX General Exceptions: Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Contracting Party of measures:.....(b) necessary to protect human, animal or plant life or health;.....(g) relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption;

¹⁸ “necessary to protect human, animal or plant life or health”

¹⁹ “relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption”

ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดี สำหรับเจตนารมณ์ของผู้ร่างข้อบทในมาตรา XX นี้ ย่อมมีเจตนาในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่อาจจะทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้นนั่นเอง

อย่างไรก็ตามตลอดระยะเวลาที่มีการบังคับใช้ กฎเกณฑ์ ภายใต้ความตกลง GATT ในเรื่องนี้นั้น มีปัญหาโดยตลอดในเรื่องการตีความการปรับใช้มาตรา XX นี้เองว่าเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าหรือไม่ จึงมีมาตรการในการพิสูจน์ระดับหนึ่ง คือ **จะต้องมี หลักฐาน ข้อพิสูจน์ในทางวิทยาศาสตร์ “Scientific Evidence”** ของผลกระทบของการค้าต่อสิ่งแวดล้อมว่าเสียหายอย่างไร ที่สามารถพิสูจน์ให้เห็นได้จริงทางวิทยาศาสตร์

ดังนั้นในการเจรจารอบ Tokyo Round จึงได้มีการพิจารณาถึง ความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิค (Agreement on Technical Barriers to Trade) เพื่อเป็นมาตรการในการพิจารณาแยกแยะ มาตรการกีดกันทางการค้าทางอ้อม จาก มาตรการที่แท้จริงที่มีใช้การกีดกันทางการค้า²⁰ โดยผ่านกระบวนการพิจารณาในหลายระนาบ โดยรัฐภาคี GATT ตกลงร่วมกันว่า

1. จะตกลงใช้มาตรฐานสากลระหว่างประเทศ (International Standards) อันเป็นที่ยอมรับ แทน มาตรฐานเฉพาะพิเศษภายในประเทศ ที่แปลก แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ (Idiosyncratic national standards) หากสามารถกระทำได้ ในการพิจารณาใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม
2. หากรัฐภาคีใดใช้มาตรการที่แตกต่างไปจากมาตรฐานสากลระหว่างประเทศนี้ รัฐนั้นจะต้อง พิสูจน์ว่ามาตรการดังกล่าวไม่ก่อให้เกิด อุปสรรคทางการค้าที่ไม่จำเป็น “an unnecessary obstacle to trade”

อย่างไรก็ตามความตกลงว่าด้วยอุปสรรคทางการค้าทางเทคนิคดังกล่าวยินยอมให้มี “ข้อกำหนดและมาตรฐานทางเทคนิค” (Technical Regulations and Standards) เพื่อที่จะป้องกัน “ความปลอดภัยหรือสุขอนามัยของมนุษย์ สุขอนามัย หรือชีวิตของพืช และ สัตว์ หรือ สิ่งแวดล้อม” ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 2(2) ของความตกลงดังกล่าว จากการมีบทบัญญัติเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ จึงตีความได้ว่า มาตรา XX (b) นี้สามารถใช้ได้ในขอบเขตที่กว้างขวาง ครอบคลุมถึงมาตรการที่ดำเนินการโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ และเป้าหมายของการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม²¹

²⁰ To address the task of distinguishing genuine non-protectionist measures from disguised trade protection through a multi-faceted approach.

²¹ The equivalent provision in the Uruguay Round Agreement on Technical Barriers to Trade, Article 2(2) contains identical words.

2. กรณีศึกษา และแนวทางปฏิบัติของ GATT รวมทั้งการตีความ บทบัญญัติของ GATT ภายใต้ FTA ระหว่าง แคนาดา - สหรัฐ

การพิจารณาคดีต่างๆ ภายใต้กรอบของ GATT/WTO และคณะกรรมการการยุติข้อพิพาทภายใต้ FTA แคนาดา และ อเมริกา จะพบความสอดคล้องกันในเรื่องมาตรการสิ่งแวดลอมกับมาตรา III และ มาตรา XI ของ GATT ในการพิจารณาคดี รวมถึงการปรับใช้มาตรา XX ในกรณีการคุ้มครองสิ่งแวดลอม

การปรับใช้มาตรา XX โดยการจำกัดทางการค้า (Trade restriction) เพื่อเป็นมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดลอมในประเทศที่นำมาตรการดังกล่าวมาใช้ นั้น ได้ถูกหยิบยกมาพิจารณาในคดี *Herring and Salmon case*²² ในคดีดังกล่าว สหรัฐอเมริกาเป็นโจทก์ฟ้องร้องรัฐบาลแคนาดา ในกรณีที่ว่า ปลาแซลมอน และ ปลาเฮอริง ที่ถูกจับในน่านน้ำแคนาดาจะต้องมีการผลิต หรือ ผ่านกระบวนการต่างๆ เกี่ยวกับการผลิตในแคนาดา ก่อนที่จะส่งออกจากแคนาดา นั้น เป็นการขัดต่อมาตรา XI ของ GATT ซึ่งในคดีดังกล่าว แคนาดาได้ตอบว่า ข้อจำกัดทางการค้าดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการในการจัดการทรัพยากร เกี่ยวกับการประมง ชายฝั่งตะวันตกของแคนาดา และ ย่อมที่จะเกี่ยวเนื่องกับ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่หมดสิ้นไปโดยไม่อาจทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้น (Related to "The conservation of exhaustible natural resources" ตามความหมายภายใต้มาตรา XX (g))²³ ความเห็นของแคนาดาพิจารณาว่า การจำกัดการส่งออกนั้นทำหน้าที่ สองประการในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไป คือ

1. การป้องกันอันตราย และ ความเสี่ยงต่อการสูญสิ้นสายพันธุ์สัตว์นั้น จำเป็นที่จะต้องมีการควบคุมการจับสัตว์อย่างถูกต้องแท้จริง และ หนทางเดียวที่จะได้ข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริงเกี่ยวกับการจับสัตว์นั้น ย่อมจำเป็นที่จะต้องควบคุมที่เป้าหมายของโรงงานที่จะผลิตปลา ดังกล่าว ซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่จะต้องมีการรายงานตามที่รัฐบาลกำหนดอย่างเคร่งครัด
2. โดยเหตุที่ธรรมชาติการหมุนเวียนของการจับปลาทั้งสองชนิดนี้ ที่จะต้องเข้าสู่โรงงานการผลิตของแคนาดาเท่านั้น เป็นหนทางเดียวที่จะรักษาคุณภาพระหว่างเป้าหมายการอนุรักษ์ปลาดังกล่าวกับเป้าหมายในการธำรงรักษาอุตสาหกรรมการผลิตปลาของแคนาดาให้ยั่งยืน

²² Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon, BISD 355 (1988) 98.

²³ แคนาดายังโต้แย้งว่า เป็นกรณียกเว้น ตาม มาตรา XI (2b) เนื่องจากการควบคุมคุณภาพซึ่งเกี่ยวข้องกับการจำหน่าย เนื้อปลาที่ผ่านกระบวนการผลิต จำเป็นที่จะต้องสร้างความมั่นใจในการที่จะต้องเข้าถึงกระบวนการผลิต ในอุตสาหกรรมการผลิตปลาของแคนาดา ดังนั้น ในส่วนของปลาที่ยังไม่ผ่านกระบวนการผลิตทั้งหลาย จึงมีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดการส่งออกปลาที่ยังไม่ผ่านกระบวนการดังกล่าวในการส่งออกปลาที่ยังไม่ผ่านกระบวนการผลิตเข้าสู่ตลาดอเมริกาด้วย และเป็นมาตรการภายใต้กระบวนการควบคุมคุณภาพของแคนาดานั้นเอง แต่ข้อโต้แย้งดังกล่าวไม่เป็นที่ยอมรับของคณะกรรมการพิจารณา

ซึ่งในเหตุผลประการที่สองนี้รัฐบาลต้องเผชิญกับปัญหาที่ว่า โดยมาตรการดังกล่าวจะมีการรักษาคุณภาพระหว่างปลาที่จับได้กับการคงอยู่ของอุตสาหกรรมการผลิตปลา โดยมีมาตรการ การควบคุมคุณภาพ เป็นกลไกในการตรวจสอบ หรือหากไม่ใช้มาตรการนี้ โดยปล่อยให้มีการจับปลาแล้วส่งออกอย่างเสรี ก็จะทำให้มีการจับปลามากเกินไปโดยไม่อาจจะควบคุมได้ และขณะเดียวกันอุตสาหกรรมการผลิตปลาอาจจะถูกกระทบจนต้องลดจำนวนอุตสาหกรรมลงก็ได้ เพราะขาดแคลนปลา อันเป็นวัตถุดิบในการผลิต

จากเหตุผลที่แคนาดากล่าวอ้างมาดังกล่าวข้างต้น สหรัฐโต้แย้งว่า **ทั้ง ไม่มีความจำเป็น และ ไม่มีประโยชน์แต่ประการใด** (Neither necessary nor particular useful for the purpose of ensuring an accurate estimate of the Canadian catch, since in the case where unprocessed fish was exported to the United States) ในการที่จะมาควบคุมการจับปลาโดยวิธีดังกล่าว เพื่อให้ทราบจำนวนที่แน่นอนของการจับปลาหากเป็นในกรณีที่จะมีการส่งออกปลาที่ไม่ผ่านกระบวนการผลิตไปยังสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้เนื่องจากหน่วยงานของรัฐบาลสหรัฐอเมริกา สามารถแจ้งข้อมูลการนำเข้าของปริมาณปลาดังกล่าว เมื่อมีการส่งเข้าสู่เมืองท่าของสหรัฐได้ อย่างถูกต้องแท้จริงให้แก่แคนาดาได้ตามความประสงค์อยู่แล้ว

สหรัฐยังได้โต้แย้งต่อไปถึงกรณีการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ กับการรักษาคุณภาพ ของสิ่งแวดล้อม กับวัตถุประสงค์ในเรื่องการธำรงรักษาอุตสาหกรรมการผลิตปลาภายในประเทศ ซึ่งเกี่ยวข้องกับ สังคม ทางเศรษฐกิจ(Socio – economic concerns) สหรัฐให้เหตุผลว่า แคนาดา ไม่ควรจะใช้ มาตรการ จำกัดการส่งออกดังกล่าว มาเป็นเหตุผล ควรปล่อยให้ เป็นกลไกตลาด และ ธรรมชาติของ ระบบการหมุนเวียน การแสวงหาวัตถุดิบ จากแหล่งอื่น เช่นการนำเข้า เพื่อทดแทนวัตถุดิบในประเทศ

ในท้ายที่สุดสหรัฐให้เหตุผลว่า พบหลักฐานที่ชัดเจนว่ารัฐบาลแคนาดา ได้ใช้มาตรการจำกัดทาง การค้าดังกล่าวเพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองการตงงานของคนงานในโรงงานอุตสาหกรรมผลิตปลา ดังนั้นการห้ามการส่งออกปลาที่ไม่ผ่านกระบวนการผลิต ดังกล่าว โดยให้ผลิตในประเทศก่อนการส่งออก จึงมิใช่มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง หากแต่เป็น มาตรการที่จำกัดทางการค้าโดย อ้อม (Disguised restriction on trade)

คณะกรรมการ GATT ได้ตีความองค์ประกอบของมาตรา XX (g) ว่า จะต้องเป็นมาตรการที่ " เกี่ยวข้อง" กับการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นหมดไป และมีอาจทดแทนได้ในระยะเวลาอันสั้น (Related to conservation of exhaustible natural resources as meaning primarily aimed at such conservation) นั้น ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญเบื้องต้น แต่อย่างไรก็ตาม องค์ประกอบดังกล่าว ก็ยังไม่ สำคัญเท่ากับ การที่มาตรการนั้นจะต้อง มีความจำเป็น "Necessity" ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา XX (b)

ดังนั้นคณะกรรมการ GATT จึงพิจารณาว่ามาตรการห้ามการส่งออกปลา ที่ไม่ผ่าน กระบวนการผลิต จึงมิใช่เป้าหมายแรก หรือวัตถุประสงค์เบื้องต้นที่แท้จริงในการอนุรักษ์ ทรัพยากรธรรมชาติ และ ไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการดังกล่าว เพราะสามารถใช้มาตรการอื่น ๆ ที่มี ผลเท่ากัน ได้แก่การขอความร่วมมือกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในการจัดส่งข้อมูลให้แก่แคนาดาได้ โดยไม่ จำเป็นต้องห้ามการส่งออกปลาแชลมอน และ ปลา เฮอริง ดังกล่าว นอกจากนั้นปลาชนิดอื่น ๆ ที่รัฐบาล ต้องการที่จะตรวจสอบ จำนวนปริมาณการส่งออก ก็มีได้ใช้มาตรการห้ามการส่งออกดังกล่าวแต่อย่างใด

ดังนั้นคณะกรรมการจึงพิจารณาที่วัตถุประสงค์ที่แท้จริง (Objective test) มากกว่าที่จะมาดูเรื่องที่มาของกฎหมาย หรือเหตุผลในการออกกฎหมายให้บังคับใช้มาตรการดังกล่าว และพิจารณาว่ามีหนทางหรือมาตรการ อื่นใดที่สามารถนำมาใช้ได้โดยไม่ต้องจำกัดทางการค้า และยังคงบรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติไว้ได้ เท่าเทียมกัน เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา

เหตุผลในการพิจารณาองค์ประกอบ เรื่อง “ความจำเป็น” หรือ “Necessity” ได้ปรากฏอยู่ในคดีที่สำคัญอีกคดีหนึ่งคือ คดี บุหรี่ไทย Thai Cigarette Case²⁴ ในคดีดังกล่าวสหรัฐได้ฟ้องร้องรัฐบาลไทยต่อ GATT ที่ไทยห้ามการนำเข้าบุหรี่จากสหรัฐ เป็นการละเมิดต่อ มาตรา XI ของ GATT ประเทศไทยโต้แย้ง การฟ้องร้องดังกล่าวโดยอ้างมาตรา XX (b) ว่ารัฐบาลไทย “มีความจำเป็น” (necessity) ในการคุ้มครอง ป้องกันสุขภาพอนามัย ของประชาชน เพื่อการสาธารณสุข ในขณะที่ไม่มีการห้ามการจำหน่าย บุหรี่ไทยที่ผลิตในท้องถิ่นด้วย โดยรัฐบาลไทยอ้างว่า บุหรี่นำเข้า มีแนวโน้มในการรั้งใจ หรือดึงดูดใจสตรี และเด็ก ให้หันมาสูบบุหรี่ เนื่องจาก การโฆษณาที่ดูหรูหรา ประทับใจ และดูสมารถ ในการสูบบุหรี่นำเข้าจากต่างประเทศ และเป้าหมายของโฆษณาดังกล่าวพุ่งเป้ามาที่ประชากรกลุ่มนี้ นอกจากนั้น รัฐบาลไทยอ้างว่าการสูบบุหรี่อเมริกันนั้น ทำให้มีการเสพติดมากกว่าและ ทำให้เสพติดในปริมาณที่มากกว่าด้วย เมื่อเปรียบเทียบกับบุหรี่ไทย ด้วยเหตุผลของความละมุนละม่อมของกลิ่น ไอ และ รสชาติของบุหรี่ที่ผ่านกรรมวิธีในการผลิตที่ทันสมัยกว่า และส่วนผสม องค์ประกอบทางเคมีในบุหรี่ด้วย ซึ่งในเหตุผลข้อหลังนี้ ไม่มีหลักฐานที่พิสูจน์ได้ทางวิทยาศาสตร์ (Scientific evidence) มาสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของไทย

ในที่สุด คณะกรรมการ GATT ได้พิจารณา ตัดสินว่า การห้าม การนำเข้าบุหรี่โดยมีเหตุผล “ที่จำเป็น” เกี่ยวกับสาธารณสุข ตามมาตรา XX (b) นั้นจะเป็นที่ยอมรับได้ ก็ต่อเมื่อ ไม่สามารถใช้มาตรการอื่นใด ที่ไม่เกี่ยวกับการจำกัดการค้า ได้อีกแล้ว ในการที่จะทำให้บรรลุเป้าหมายของการป้องกันสาธารณสุขดังกล่าว คณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า การควบคุม หรือ ห้าม การโฆษณา หรือ มาตรการ ปิดฉลากเตือน หรือการแสดงข้อความเตือนถึงภัย อันตรายของการสูบบุหรี่ และ ต้องกระทำ โดยไม่เลือกปฏิบัติ ต่อทั้งบุหรี่ไทย และ บุหรี่ นำเข้า ย่อมจะบรรลุเป้าหมายดังกล่าวได้ โดยไม่ต้องห้ามการนำเข้าบุหรี่ ว่าเป็นมาตรการป้องกันสุขอนามัยเพียงประการเดียว ซึ่งถือว่าการผิดต่อกฎ ระเบียบของ GATT ดังนั้น การห้ามนำเข้าบุหรี่ในกรณีนี้ จึงไม่ชอบด้วย เหตุผลที่ว่า มี “ความจำเป็น” ในการป้องกันทางสาธารณสุข โดยคณะกรรมการ GATT ไม่ได้พิจารณาประเด็นที่ว่า การใช้ทางเลือกอื่นที่ว่ามานั้นจะก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงมากขึ้นในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และ มิได้พิจารณาในประเด็นที่ว่ามาตรการ ดังกล่าวนั้นไม่สามารถที่จะมีประสิทธิภาพ และ ประสิทธิภาพในการบังคับใช้ในทางปฏิบัติสำหรับประเทศที่กำลังพัฒนาโดยทั่วไป

²⁴ ในคดีดังกล่าวรัฐบาลไทยได้จำกัดการนำเข้าบุหรี่จากสหรัฐอเมริกา และได้มีการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตบุหรี่นำเข้าต่างจากบุหรี่ที่ผลิตภายในประเทศ BISD, 37th, Supp (1990) 200-8.

จากตัวอย่าง คดีทั้งสอง ข้างต้น (Salmon and Herring Landing Requirements Case, and Thai Cigarette Case) คณะกรรมาธิการ ได้มุ่งชี้ประเด็นที่ว่ามาตรการใดๆที่จะกล่าวอ้างนำมาใช้ในการจำกัดทางการค้า (Trade Restriction) ต้องเป็นมาตรการที่ “เป็นหนทางที่น้อยที่สุดในการจำกัดทางการค้า” ที่เป็นมาตรการที่เหมาะสมในการพิจารณาเพื่อจำกัดทางการค้า โดยไม่อาจมีทางเลือกอื่นได้อีกแล้ว (least restrictive means test as the appropriate standard of justification for trade-restricting measures) หลักการนี้ใช้ได้ ทั้งกับมาตรา XX (g) และ มาตรา XX (b) และโดยการพิจารณาในแนวทางดังกล่าวได้เป็นบรรทัดฐานที่ยึดถือต่อมาว่า มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว และสะท้อนให้เห็นแนวคิด และหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่สุดที่ว่า มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จะต้องหลีกเลี่ยงมาตรการจำกัดทางการค้า หรือที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าให้มากที่สุด หรือพยายามให้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมมีผลกระทบต่อการค้าในวิถีทางที่น้อยที่สุดนั่นเอง

เหตุผลของการวางหลักเกณฑ์ดังกล่าว ก็เพื่อที่จะป้องกัน การที่ประเทศสมาชิกหันมาใช้มาตรการในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเป็นอาวุธในการกล่าวอ้างเพื่อเป็นเหตุผลเพื่อการจำกัดทางการค้า หรือเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรีนั่นเอง ซึ่งสร้างความไม่สบายใจแก่คณะกรรมาธิการในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโดยใช้มาตรการทางการค้า ว่า การใช้มาตรการดังกล่าวเป็นเหตุผลที่แท้จริง หรือไม่ มีความจริงใจเพียงใดในการกล่าวอ้างมาตรการดังกล่าว นอกจากนี้ ยังเกี่ยวข้องกับ การเมือง นโยบายภายในประเทศ และ กลุ่มผลประโยชน์อีกด้วย ดังนั้นมาตรการตามหลักการ “**A least-restrictive means test**” จึงถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาการใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ ทุกรัฐภาคีสมาชิกพึงต้องตระหนักเป็นเหตุผลสำคัญที่สุดในการใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไม่ว่าในกรณีใดๆ

อย่างไรก็ตาม แนวคิดดังกล่าวก็มีข้อที่ควรพิจารณาอย่างยิ่ง กล่าวคือ หากการเน้นที่วัตถุประสงค์ในเรื่องการค้าเสรีเป็นเป้าหมายหลักเพียงประการเดียว อาจกลายเป็นการให้เอกสิทธิพิเศษที่ว่า การค้าเสรีต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด หรือ อยู่เหนือวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม จึงน่าจะพิจารณาในหลักเกณฑ์ที่มีความยืดหยุ่นมากกว่า หรือ ตามทฤษฎีมาตราส่วนที่เหมาะสม (ทฤษฎีเหมาะสม) “Proportionality Test” ซึ่งเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่รักษาดุลยภาพ ระหว่างผลประโยชน์ทางด้านการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดจากการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ กับ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่จะได้จากการค้าระหว่างประเทศ คณะกรรมาธิการจะพิจารณาซึ่งน้ำหนัก ระหว่างความเสียหายที่เกิดกับการค้า กับ คุณค่าทางสังคม (Social Value) และ ผลลัพธ์ หรือเป้าหมาย ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หากสองสิ่งนี้ขัดแย้งกัน ประโยชน์ฝ่ายใดจะมีมากกว่ากัน จะเห็นได้ว่า มาตรการ ในการพิจารณา “วิถีทางที่น้อยที่สุด” (least restrictive means test) ดังกล่าวเป็น วิธีการที่คำนึงถึง “วิธี” หรือ “Means” มากกว่า การพิจารณา เรื่องสาระัตถะของผลกระทบ “Substantive Impacts” ที่มีต่อสิ่งแวดล้อม และ สังคม

อีกประการหนึ่งที่จะต้องพิจารณา คือ การใช้มาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมในแต่ละประเทศ มีความแตกต่างกันโดยธรรมชาติ ในบริบททางสังคม สภาพแวดล้อมของปัญหา และปัจจัยต่างๆที่เป็นองค์ประกอบมากมาย ที่ทำให้รัฐบาล และ ผู้มีอำนาจในการกำหนด นโยบาย อาจพิจารณาใช้มาตรการที่

แตกต่างกันไป ระหว่างประเทศหนึ่ง กับอีกประเทศหนึ่ง ดังตัวอย่างในคดี บุหรี่ไทยข้างต้น ซึ่งการใช้มาตรการ อื่นๆที่ไม่ใช่การจำกัดทางการค้า เช่น ทางเลือกในการเตือนผู้บริโภค (Consumer Warnings) การประชาสัมพันธ์ต่อสาธารณชนถึงภัยของบุหรี่ (Public information Campaigns) หรือวิธีการอื่นๆที่เหมาะสมนั้น อาจจะมีผลสัมฤทธิ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน เช่นระหว่างประเทศที่พัฒนาแล้ว กับประเทศที่กำลังพัฒนา ในกลุ่มชนที่มีการศึกษา และ ไม่มีการศึกษา ระหว่างกลุ่มชน ที่มีศาสนา และ แนวทางปฏิบัติ ความเชื่อ ที่แตกต่างกัน ย่อมส่งผลต่อวิธีการคิด และ ยอมรับ หรือการรับรู้ ข้อมูลที่สื่อมาจาก “มาตรการที่ใช้” ที่แตกต่างกันออกไป ในกรณีคดีบุหรี่ไทยนั้น องค์การอนามัยโลก กลับมีความเห็นที่สวนทางกับคณะกรรมการ GATT โดยพิจารณาเห็นว่า วิธีการที่รัฐบาลไทยเลือกนั้นเป็นวิธีการที่เหมาะสม ภายใต้สถานการณ์นั้นๆแล้ว²⁵

ความสัมพันธ์ระหว่าง หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กับ ปัญหาการบังคับใช้มาตรา III และ การปรับใช้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้น มาตรา XI

ปัญหาที่สร้างความสับสน ยุ่งยาก ในการแยกแยะ ระหว่างการใช้มาตรการห้ามการนำเข้า ที่ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการภายใน ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งปรับใช้ ทั้งแก่อินค้านำเข้า และ สินค้าภายในประเทศ โดยเท่าเทียมกัน ตามหลัก การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ การใช้มาตรการ สิ่งแวดล้อมภายใต้มาตรา XX ซึ่งเป็นข้อยกเว้นมาตรา XI GATTดังได้อธิบายมาข้างต้นแล้วนั้น เป็นเรื่องที่ยากลำบากในการพิจารณาอย่างยิ่ง โปรดศึกษาต่อไปนี้

ในคดี กุ้งก้ามกราม Lobster Case²⁶ คณะกรรมการ ภายใต้ FTA Canada - US ได้พิจารณา เกี่ยวกับการที่สหรัฐอเมริกาได้บังคับใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม โดยกำหนดมาตรการห้ามจำหน่าย และ บริโภคกุ้งที่ยังไม่เจริญเติบโตเต็มที่ และได้กำหนด ขนาดของกุ้ง ที่ยังไม่เติบโตนั้น (Minimum small size) โดยอิงขนาดของกุ้งที่ยังไม่เติบโตของสหรัฐอเมริกาเป็นเกณฑ์ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการที่จะ อนุรักษ์พันธุ์กุ้ง ไม่ให้มีการจับกุ้งที่ยังเล็กอยู่ และ ยังไม่แพร่พันธุ์ อันอาจจะทำให้กุ้งไม่มีโอกาสเผยแพร่ พันธุ์ และ โอกาสที่กุ้งจะสูญพันธุ์ก็อาจจะเกิดขึ้นได้ โดยผลของมาตรการดังกล่าวทำให้มีการห้ามนำเข้า กุ้งจากแคนาดาโดยปริยาย เนื่องจาก กุ้งที่เติบโตแล้วของแคนาดา มีขนาดเล็กกว่ากุ้งสหรัฐที่ยังไม่โต จึง ไม่อาจจะนำเข้ากุ้งแคนาดา เข้าตลาดสหรัฐได้เพราะฝ่าฝืนต่อมาตรการดังกล่าวอันเป็นมาตรการ ภายในประเทศ ทั้งนี้ เนื่องจากอนุภูมิของน้ำในทะเลของแคนาดามีความหนาวเย็นกว่าอนุภูมิของน้ำ

²⁵ The World Health Organization (WHO) suggesting that the Thai Government's approach was a reasonable instrument choice under the circumstances.

²⁶ Lobster from Canada, Final Report of the Panel (25 May 1990), 3 T.C.T. 8182.

ในทะเลสหรัฐอเมริกา เพราะแคนาดาอยู่ในระดับละติจูดที่สูงกว่าสหรัฐอเมริกา จึงมีความใกล้เคียงโลกเหนือมากกว่า น้ำที่มีอุณหภูมิเย็นจัด ทำให้ขนาดปกติของกุ้งที่เติบโตแล้ว (Matured Lobster) ยังมีขนาดเล็กกว่ากุ้งปกติที่เติบโตแล้วของอเมริกา จึงเกิดปัญหา กล่าวคือมาตรการดังกล่าวกลายเป็นอุปสรรคทางการค้าของการนำเข้ากุ้งแคนาดา

อย่างไรก็ตาม จากการไต่สวนพบว่าเหตุผลที่แท้จริงในการบังคับใช้มาตรการดังกล่าวกับการนำเข้ากุ้งแคนาดาด้วย เกิดจากการที่ชาวประมงสหรัฐร้องเรียนว่าการบังคับใช้มาตรการภายในต่อการจับกุ้งของชาวประมงอเมริกาโดยไม่มีการบังคับใช้ในการนำเข้าด้วย ทำให้ชาวประมงท้องถิ่นเสียเปรียบในการแข่งขัน เพราะมาตรการดังกล่าวบังคับเฉพาะกับกุ้งที่จับภายในประเทศเท่านั้น แต่เมื่อมีการร้องเรียนจากชาวประมงอเมริกัน รัฐบาลจึงบังคับใช้มาตรการนี้กับกุ้งที่นำเข้าด้วยโดยบังคับใช้ขนาดของกุ้งที่เท่าเทียมกัน การณ์กลับเป็นการบังคับใช้มาตรการที่กลายเป็นอุปสรรคของการนำเข้าโดยปริยาย และเมื่อแคนาดาโต้แย้งการใช้มาตรการดังกล่าว สหรัฐก็ตอบได้ว่า หากไม่ใช้ขนาดของกุ้งที่เท่าเทียมกันนั้น จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่สมฤทธิ์ผล เนื่องจากกุ้งไม่สังกัดสัญชาติ ไม่อาจจะแยกแยะว่ากุ้งตัวใดเป็นกุ้งท้องถิ่น และ กุ้งตัวใดเป็นกุ้งที่นำเข้าจากแคนาดา นอกจากนั้นก็เกิดภาระ และ ค่าใช้จ่าย ที่ไม่อาจจะประเมินได้ในการแยกแยะกุ้งของแต่ละประเทศ ซึ่งยากแก่การตรวจสอบ

จากคดีดังกล่าวเห็นได้ว่ามาตรการที่สหรัฐนำมาใช้นี้เป็นการยาก ที่จะแยกแยะว่าเป็นมาตรการตามมาตรา XX ที่เป็นข้อยกเว้นมาตรา XI ซึ่งมีผลกระทบต่อการห้ามการนำเข้าโดยตรง หรือเป็นการปรับใช้มาตรา III ในการบังคับใช้มาตรการสิ่งแวดล้อมโดยเท่าเทียมกัน เมื่อกุ้งที่ข้ามพรมแดนมาแล้วต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการภายในเดียวกันที่บังคับต่อกุ้งทั้งนำเข้าและ กุ้งท้องถิ่น ซึ่งส่งผลโดยอ้อม ในอันที่จะทำให้ไม่มีการนำเข้า และ เป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าโดยปริยาย เป็นเรื่องที่น่าพิจารณา

นอกจากนั้นปัญหาที่ควรพิจารณาอีกยังมีต่อไปว่า มาตรการภายใน ที่บังคับใช้ ทั้งต่อสินค้านำเข้า และสินค้านำเข้าท้องถิ่นโดยเท่าเทียมกันภายใต้ หลัก การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตามมาตรา III นั้น ก็ยังอาจจะเป็นอุปสรรคทางการค้าโดยปริยายได้เช่นกัน ได้แก่มาตรการบังคับเกี่ยวกับการหีบห่อ เพื่อวัตถุประสงค์ทางด้านอนามัย สาธารณสุข (A requirement of environmentally-safe packaging "biodegradable") ซึ่งอาจจะเกิดขึ้นได้ หาก สินค้านำเข้าท้องถิ่นได้มีการบังคับใช้หีบห่อในลักษณะนั้นๆ ที่สอดคล้องกับข้อบังคับอยู่แล้วโดยปกติ ทั่วไป แต่สินค้านำเข้าต้องเปลี่ยนแปลงลักษณะหีบห่อให้สอดคล้องตามหลักเกณฑ์ เช่นนั้นด้วย ย่อมก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้นมากกว่าสินค้านำเข้าท้องถิ่น อันมีผลกระทบต่อความได้เปรียบในการแข่งขันเชิงราคาได้ ก็จัดว่าเป็นอุปสรรคต่อการนำเข้าทางอ้อม ยังมี การใช้มาตรการที่พิเศษจำเพาะมากเกินไป ย่อมทำให้การนำเข้าที่จะต้องปรับลักษณะให้เข้ากับมาตรการพิเศษเฉพาะเช่นนั้นมีความยุ่งยากมากขึ้นเท่านั้น ดังนั้นสินค้านำเข้า ที่ไม่มีส่วนแบ่งตลาดที่มากเพียงพอ ในที่สุดย่อมต้องทิ้งตลาดไป จึงเป็นมาตรการกีดกันจากการนำเข้าโดยอ้อมได้เช่นกัน

ตัวอย่างอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามหลัก National Treatment ที่มีผลกระทบต่อการนำเข้า ได้แก่การจัดเก็บภาษีภาชนะ (Container tax) แก่ สินค้านำเข้าประเภทเหล้า เบียร์ ที่สามารถคืนภาษีได้ เมื่อนำภาชนะมาใช้หมุนเวียน หรือ คืนภาชนะ เพื่อส่งเสริมระบบ recycling, re-bottling เพื่อวัตถุประสงค์เกี่ยวกับการรักษาสีสิ่งแวดล้อม ซึ่งมีการกำหนดจุดรับคืน ของสินค้านำเข้า แต่ในกรณีสินค้านำเข้า ไม่มีการวางระบบดังกล่าว และ การจำหน่ายแบบขายขาด ทำให้ไม่สามารถรับคืนภาษี ใน

ลักษณะเดียวกับสินค้าท้องถิ่น หากจะดำเนินการในลักษณะเดียวกับสินค้าท้องถิ่น ก็จะต้องมีการสร้างระบบของตนเอง ทั้งจุดรับคืน และโรงงานที่หมุนเวียนการใช้ภาชนะ ซึ่งก่อให้เกิดค่าใช้จ่ายอย่างมาก เพราะมิได้เป็นสินค้าที่ผลิตภายในประเทศนั้นๆ

การบังคับใช้ความตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ และ ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม กับ การค้า ภายใต้ระบอบการค้าโลกเสรี

ได้กล่าวมาโดยสังเขปในตอนต้นแล้วว่า ได้มีการทำความตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม ซึ่งได้มีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงมาตรการในการจำกัดทางการค้า เพื่อเป็นเครื่องมือในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามผลของความตกลง ในอันที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม ซึ่งมาตรการดังกล่าวบัญญัติไว้โดยชัดเจนในอนุสัญญา CITES²⁷ ซึ่งจำกัดการค้าพืชและสัตว์ที่กำลังจะสูญพันธุ์ ด้วยเหตุที่การส่งออกสินค้าพืช สัตว์ที่หายากเหล่านี้เป็นตลาดที่ดึงดูดใจให้นักล่าเกิดแรงจูงใจในล่าเพื่อ การค้าพืช สัตว์เหล่านี้ โดยฝ่าฝืนกฎหมายภายในประเทศที่อนุรักษ์พันธุ์พืช และสัตว์สงวนเหล่านี้ ดังนั้นมาตรการจำกัดการค้า ห้ามการนำเข้า พืช และ สัตว์สงวน จึงเป็นวิธีทางหนึ่งที่จะระงับยับยั้งการล่าให้ลดน้อยลง กว่ามาตรการตามกฎหมายภายในประเทศ เช่นเดียวกับมาตรการภายใต้อนุสัญญาบาเซลว่าด้วยการควบคุมการเคลื่อนย้ายข้ามแดนของ ของเสียอันตรายและการกำจัด (Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and their Disposal) และ สนธิสัญญาจำกัดการขยายการมีอาวุธนิวเคลียร์ (Nuclear Non-Proliferation Treaty) เป็นต้น

อย่างไรก็ตามมาตรการจำกัดการค้าที่ตอบโต้รัฐภาคีของอนุสัญญาเหล่านี้ที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดในอนุสัญญาสิ่งแวดล้อม ไม่ได้เป็นประเด็นทางกฎหมายภายใต้กรอบของ GATT อย่างแท้จริง トラบิตที่การบังคับใช้อนุสัญญา หรือความตกลงเหล่านี้จะต้องบังคับใช้ภายใต้มาตรการของ GATT หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บทบังคับของ GATT มีผลเหนือกว่าความตกลงเหล่านี้ นอกจากนั้นปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้มาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมคือ ในกรณีสมาชิกของ GATT ที่ยังไม่ได้เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญา หรือ ความตกลงทางด้านสิ่งแวดล้อม ย่อมไม่ผูกพันในการถูกบังคับใช้มาตรการสิ่งแวดล้อม ซึ่งน่าจะมีการทบทวนมาตรการดังกล่าวภายใต้มาตรา XX ให้รวมถึงการบังคับใช้มาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมแก่สมาชิกของ GATT ด้วยโดย หลักการพื้นฐานทางกฎหมายในลักษณะเดียวกัน อีกทั้งประเด็นเรื่องอำนาจอธิปไตยของรัฐในการที่จะสงวน รักษาสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง ในบางประเด็น

²⁷ Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, 3 March 1973, 27 U.S.T. 1087,993 UNTS 243.

ที่มีการขัดแย้งกันระหว่างปัญหาสิ่งแวดล้อมกับการค้า น่าที่จะมีการนำประเด็นปัญหาทางกฎหมายเข้าสู่การพิจารณาในองค์การอื่นที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์การสหประชาชาติ หรือแม้กระทั่งการนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ หากมีข้อพิพาทระหว่างรัฐในประเด็นปัญหา สิ่งแวดล้อม อำนาจอธิปไตย และ มาตรการทางการค้า รัฐต่าง ๆ ควรจะยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการสงวนรักษาสิ่งแวดล้อม และการจัดการด้านสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญ และหากการค้า การลงทุนใดมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างแท้จริง รัฐควรจะยังคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในการใช้มาตรการทางการค้า เพื่อบังคับการให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

ปัญหาที่ยังไม่มีการแก้ไขในประเด็นความขัดแย้งระหว่างการบังคับใช้มาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อมกับประเด็นการค้า คือ ไม่มีหน่วยงาน หรือ สถาบันที่ดูแลเกี่ยวกับเรื่องนี้โดยตรง ไม่ว่าจะเป็นสถาบันสิ่งแวดล้อมระหว่างประเทศ หรือ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ประเด็นต่อไป คือ ยังไม่มีมาตรการสิ่งแวดล้อมที่มีประสิทธิภาพในการบังคับการให้บรรลุวัตถุประสงค์อย่างแท้จริง

แนวทางเสนอแนะประการหนึ่ง คือการมีมาตรการที่แน่นอนในการปรับใช้กฎหมาย หรือ มาตรการสิ่งแวดล้อม ทั้งการรักษาสิ่งแวดล้อมภายในประเทศ และ สิ่งแวดล้อมของโลก นอกจากนี้ ควรจะมีการพิจารณาถึงคุณค่า หรือ ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในทางเศรษฐศาสตร์ ต่อกรณีการรักษาสิ่งแวดล้อมที่อาจจะสูญเสียไป หากคำนึงถึงการค้าแต่เพียงประการเดียว ในปัจจุบันมีแต่การคำนวณค่าทางเศรษฐศาสตร์สำหรับมูลค่าในการค้า และ การลงทุน โดยไม่มีการคำนวณมูลค่าของสิ่งแวดล้อม หรือ ทรัพยากรธรรมชาติที่สูญสิ้นไปโดยไม่อาจจะทดแทนได้ ตลอดจนสิ่งแวดล้อมทางสังคม คุณค่าทางวัฒนธรรม ความบริสุทธิ์ของธรรมชาติ และ วิถีชีวิตที่มีคุณภาพ สำหรับทางออกในการพิจารณาโดยอาศัยข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์นั้นมีความแคบ และ ตื้นเกินไป ไม่อาจวัดค่าทางคุณธรรม และ คุณค่าทางสังคมได้ อาจจะมีหน่วยงานเฉพาะ เช่น United Nations Environmental Program (UNEP) เข้ามาทำหน้าที่ดูแลโดยตรง และ พิจารณากรณีสิ่งแวดล้อม โดยถือว่าประเด็นสิ่งแวดล้อม อยู่เหนือกรณีการค้า และเหนือสิ่งอื่นใด คือประเด็นเรื่องคุณค่าแห่งสิทธิมนุษยชน และสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพของมนุษย์ คงไม่มีผู้ใดปฏิเสธว่าความเป็นอยู่ที่ดีของมนุษย์ ระบบนิเวศที่สมบูรณ์ และ สุขของมนุษย์ในการดำรงอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดีนั้นสำคัญกว่าเงินตรา และ ความเจริญทางวัตถุ หากต้องแลกกับสภาพแวดล้อมที่เสื่อมโทรม และเป็นอันตรายต่อชีวิตมนุษย์

คดีเกี่ยวกับการค้า การลงทุน และ ประเด็นทางสังคม วัฒนธรรม สิ่งแวดล้อม สิทธิมนุษยชน และทรัพย์สินทางปัญญา

ตัวอย่างคดีต่อไปนี้เป็นคดีการค้าที่เกี่ยวข้องกับระบบโลกาภิวัตน์ และมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับสถานะแวดล้อม ชีวิต สังคม วัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน สิทธิทางด้านแรงงาน ทรัพย์สินทางปัญญา ซึ่งกล่าวได้ว่า เศรษฐกิจ การค้า ลำพังเพียงประการเดียว ไม่สามารถรักษาสมดุลระหว่างธรรมชาติของการดำรงอยู่ของมนุษย์กับความเจริญทางวัตถุ และปฏิสัมพันธ์ระหว่างธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมกับความเจริญทางเทคโนโลยีที่ถูกสร้างขึ้นมาจากระบบทุนนิยมและวัตถุนิยม คดีเหล่านี้ได้รับ

การพิจารณาตัดสินให้ประเด็นของสิ่งแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม และสิทธิมนุษยชนได้รับการคำนึงถึงสูงกว่าการเปิดเสรี การค้า และการลงทุนที่กระทบต่อภาคสังคมดังกล่าว ภายใต้ระบบของศาลยุติธรรม ซึ่งในที่นี้จะนำมาพิจารณาเฉพาะคดี Black Sea Barrel Pollution มาพิจารณาเปรียบเทียบกับคดี Metal Clad แสดงให้เห็นความแตกต่างระหว่างการยุติข้อพิพาทโดยระบบอนุญาโตตุลาการ และระบบศาลยุติธรรม หรือกระบวนการอื่นใด ตลอดจนกลไกอื่นๆ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงการคำนึงถึงความสำคัญทางสังคมในระดับที่เท่าเทียมกัน หรือ คำนึงถึงมากกว่าการเปิดเสรีโดยสิ้นเชิง

ตัวอย่างคดีต่อไปนี้จะเกิดขึ้นจากความขัดแย้งระหว่างการค้า การลงทุน และปัญหาทางด้านสิ่งแวดล้อม สังคม วัฒนธรรม สิทธิมนุษยชน และ ทรัพย์สินทางปัญญา

1. AUSTRIA Trop Wood Ban
2. BARREL Turkey Hazmat Trade
3. BASEL Agreement
4. BEAR Bears and Trade
5. BEETLE Beetles and Trade
6. BENGALI Bangladesh US Waste
7. BIRDS Latin American Bird Export
8. BLACKSEA Black Sea Pollution and Trade
9. BOTSWANA Cattle Farms
10. BRAZIL Log Export Ban
11. BUTTER Monarch Butterfly
12. CANCOD Canada Cod Case
13. CHILE Timber Farms
14. CIGAR Thai Cigarette Import Ban
15. COCA Trade and Production
16. COLORADO River Dispute
17. CORALCITES Watch on Coral
18. DANISH Beer Bottle Dispute
19. DUTCH Wood Dutch Tropical Wood Import Ban
20. ECCAREC Vehicle Emissions
21. ECFURBANEC Fur Import Ban
22. ECPACK EC Packaging Law
23. ECUADOR Oil Export Dispute
24. EGYPT Tourism and Cultural Heritage Problems
25. ELEPHANT and Ivory Trade
26. FRANCE French Alp Ski Ban

27. GERMAUTO German Auto Recycling
28. GERMPACK German Package Law
29. GREEN Turtle Loss
30. GROUSE Imports Dutch
31. HAWKSBIL Hawksbill Turtle
32. HOOFEC Hoof Mouth Ban
33. HUNGARYHungary Slovak Dam
34. INDONES Indonesia Export Wood Ban and Subsidies
35. ISRAEL Israel Jordan Water Dispute and Relation to Trade and Environment
36. ITALY BAG Italy Plastic Bag
37. JAPANPL Japan Plutonium Trade
38. JELLYWAX Hazardous Trade Exports from Italy to Lebanon
39. JWHALE International Whaling Commission and Japan Whale Dispute
40. KHAIN Sea Waste Case
41. LAPAZ US-Mexico Lapaz Agreement
42. LOBSTER US Canada Lobster Feud
43. MALAY Malaysian Raw Wood Export Ban
44. MANGROVE Losses and Shrimp Farming
45. MEDIT Mediterranean Sea Pollution and Tourism
46. MERCK bio Agreement on Bio-Prospecting
47. MONTREAL Protocol, the Ozone Hole and CFCs
48. NAFTA Trade Treaty and Environmental Aspects
49. NEMATODE Nematodes and EC Pine Import Ban on Canada
50. NICARAG Nicaragua Sale of Timber to Taiwan
51. NIGERIA Waste Imports from Italy
52. NWHALE Norway and International Whaling Commission Dispute
53. ONTARIO , Environmental Tax on Beer Cans and US Trade Dispute
54. OPTION9 Option 9 US Forest Plan and US Exports
55. PANDA US China Panda Trade
56. PFBELIZE Belize Deforestation and Tourism
57. RHINO CITES Rhino Horn Trade Ban
58. SALMON Canada Restrictions on Exports of Salmon and Herring
59. SANDIEGO Maquiladoras, Tijuana River Water Problems and Impact on US
60. SHARK Trade, Depletion and Soup
61. SHRIMP US Shrimp Import Ban and Sea Turtle Loss

62. SIBERIA Deforestation, Hyundai, Indigenous People and Exports
63. SOMALIA Waste Imports from Europe and Civil War
64. SULFER Sulfur Pollution EC
65. SWIFT Shark Fin Soup, Depletion and Trade
66. TAIGA Russia Forest Policy and Exports
67. THAIBIRD CITES Wildlife Ban (Birds) on Thailand
68. THAILOG Thailand Deforestation, Floods, and Logging Ban
69. TIGER Siberian Tiger Exports to China and Species Loss
70. TIMOWL Timber Cutting, Exports to Japan, and the Spotted Owl in the Pacific Northwest
71. TUNA GATT Tuna Dolphin Case
72. TURKEY Germany Hazardous Waste Exports to Germany
73. UKCOD UK and Spain Cod Feud
74. USCANADA US and Canada Timber Trade Dispute
75. USCARTAX US Auto Taxes and Trade
76. USCHINA US Sanctions on Taiwan for Tiger Trade
77. USWOOD US Timber Subsidies and Exports
78. VENICE Expo 2000 and Environmental Impacts
79. ANTARCTICA Tourism

กรณีศึกษาคดี Black Sea Barrel Pollution

ข้อเท็จจริง

นับตั้งแต่เดือนกรกฎาคม ถึงเดือน ธันวาคม ปี ค.ศ. 1988 ได้มีการพบถังบรรจุ (ขยะ) สารเคมี มีพิษ หรือของเสียสารเคมีอันตรายกว่า 364 บาร์เรลทางด้านชายฝั่งของทะเลดำฝั่งตุรกี และพบว่าเป็นของเสียสารเคมีอันตรายที่มาจากอิตาลี จากการตรวจสอบพบว่าการส่งสารเคมีดังกล่าวจากอิตาลีไปยังเมือง Sulina ประเทศโรมาเนีย โดยขนส่งไปบนเรือ Maltese และ เรือ ตุรกี ในปี 1987 เป็นจำนวนมาก เหตุการณ์ดังกล่าวนำมาสู่การออกกฎหมายที่เข้มงวดเกี่ยวกับการห้ามนำเข้าสารเคมีอันตรายที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเข้ามาสู่ประเทศโรมาเนีย

จากการตรวจสอบและได้สวนพบว่า จากรายงานของสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1988 ระบุว่า ประเทศยุโรปตะวันตกได้ส่งออกขยะอุตสาหกรรมและขยะเทศบาลไปยังประเทศตุรกีจำนวนมากโดยส่งออกขยะดังกล่าวในฐานะเป็นสินค้า เชื้อเพลิงอุตสาหกรรม หรือ เพื่อการจัดเก็บไว้เพื่อการกำจัด ซึ่งตุรกีก็หาได้มีกฎหมายที่มีประสิทธิภาพหรือศักยภาพในการจัดการกับปัญหาการนำเข้าขยะดังกล่าวได้ ต่อมาทางด้านรัฐบาลตุรกีโดยรัฐสภาของตุรกีได้ออกกฎหมายห้ามการนำเข้าขยะอุตสาหกรรมเข้าสู่

ประเทศตุรกีอีกต่อไป แต่เหตุการณ์กลับปรากฏว่ามีการนำเข้าขยะสารเคมีอันตรายเข้ามาสู่ตุรกี และมีการแอบทิ้งถึงขยะสารพิษ หรือสารเคมีมีพิษในทะเลดำเพื่อให้จมลงสู่ก้นทะเล แต่ถึงสารเคมีจำนวนมากได้ลอยขึ้นและแตกออก มีสารพิษไหลออกมาสู่ทะเล นอกจากนั้นชาวบ้านยังได้นำถังเปล่าที่บรรจุขยะสารพิษเคมีดังกล่าวที่ถูกทิ้งไปแล้วมาใช้บรรจุน้ำฝนไว้บริโภค หรือนำมาบรรจุอาหารโดยรู้เท่าไม่ถึงการณ์ ด้วยความไม่รู้ ทำให้ชาวบ้านเหล่านั้นเสียชีวิต และบางคนก็เกิดอาการเจ็บป่วยรุนแรงมีอาการคลื่นไส้ อาเจียน เป็นผื่นผิวหนังรุนแรง วัณโรคตายลงทันทีที่ได้สัมผัสสารเคมีพิษดังกล่าวโดยการไปเลี้ยงถึงเปล่าบรรจุสารเคมีนั้นๆ บางถึงที่ยังบรรจุสารเคมีก็เกิดระเบิดขึ้น นกจำนวนมากตาย รวมทั้งปลาต่างๆ และ ปลาโลมา ก็ตายเป็นจำนวนมาก เมื่อสัมผัสสารพิษ ถึงบรรจุสารเคมีบางถึงถูกฝังกลบ บางจำนวนยังถูกเก็บไว้ในโกดัง ดังนั้น ชายหาดที่ถูกปนเปื้อนด้วยสารพิษดังกล่าวต้องถูกปิดเพื่อป้องกันอันตราย ฝ่ายประเทศอิตาลีได้เข้ามาตรวจสอบจึงพบว่าผู้ส่งออกคือ บริษัท Sirteco Italia SRL ได้ส่งเอกสารเคมีและกากกัมมันตภาพรังสีไปยังตุรกี และโรมาเนียเพื่อการกำจัดโดยการฝังกลบ และ โดยวิธีการอื่นใด นอกจากนี้ยังมีการส่งออกขยะอันตราย จากบริษัท UNIROYAL, ACHA CHIMICA ORGANICA และ HOECHST เป็นต้น โดยไม่มีอุปกรณ์ในการถ่ายเทอากาศ หรืออุปกรณ์ผจญเพลิงที่เหมาะสมในที่จัดเก็บ

สำหรับกรณีของโรมาเนียได้มีการลงโทษเจ้าหน้าที่ระดับสูง เมื่อตรวจพบการกระทำผิดดังกล่าว โดยเจ้าหน้าที่ ที่เกี่ยวข้อง ถูกจำคุกตั้งแต่ 11-18 ปี ในฐานะที่เกี่ยวข้องกับการนำเข้าสินค้าดังกล่าว สินค้าขยะสารพิษนี้ได้เก็บอยู่ที่ท่าเรือโรมาเนียมาปีกว่า ก่อนที่จะถูกบรรทุกลงเรือ ชื่อ MUNZUR ซึ่งดำเนินการโดยบริษัทตุรกี เพื่อนำถึงขยะสารพิษไปทิ้งในทะเลดำดังกล่าว และประสงค์ให้จมลงในทะเล แต่ถึงสารเคมีดังกล่าวกลับลอยไปติดชายฝั่งและเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวข้างต้น เมื่อเกิดเหตุการณ์ดังกล่าวแล้วยังไม่มีแผนการใดที่จะนำขยะสารพิษดังกล่าวกลับไปสู่อิตาลี

คดีพิพาทนี้เกิดขึ้นระหว่างอิตาลี โรมาเนีย และ ตุรกี และเป็นข้อพิพาททวิภาคีระหว่างอิตาลีกับตุรกี ศาลของอิตาลีเองพิสูจน์แล้วได้ความว่ามีการส่งออกสารพิษดังกล่าวไปยังโรมาเนียและส่งออกต่อไปยังตุรกี และเนื่องจากการทิ้งขยะสารเคมีดังกล่าวทิ้งลงทะเลดำทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้องอื่นๆได้เข้ามาในคดีด้วย ได้แก่ ประเทศ รัสเซีย ยูเครน มอลโดเวีย โรมาเนีย บัลกาเรีย กรีซ และ จอร์เจีย

คดีดังกล่าวมุ่งที่จะพิจารณา ตัดสิน เพื่อห้ามการนำเข้าสารพิษ ขยะมีพิษ กากกัมมันตภาพรังสี เข้าสู่ โรมาเนีย และ ตุรกี โดยเด็ดขาดถึงแม้ว่าเป็นการยากที่จะศึกษาปริมาณการค้าขยะมีพิษข้ามแดนอย่างชัดเจน แต่ในที่สุดโรมาเนีย และ ตุรกี ก็ประสบความสำเร็จในการออกกฎหมายห้ามการนำเข้าขยะสารพิษทุกชนิด และห้ามการนำเข้าขยะทุกชนิดนอกจากกระดาษ

สรุป กลไกการยุติข้อพิพาทในคดีนี้เป็นบทบาทของศาลประเทศอิตาลีเอง และ รัฐสภาของตุรกี และ โรมาเนีย ตลอดจนศาลยุติธรรมของทั้งสองประเทศ ซึ่งประสบความสำเร็จ ในการห้ามการนำเข้าสินค้าขยะมีพิษข้ามแดนต่อต้านเอกชนที่ประกอบการซึ่งร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ของรัฐบาลโรมาเนีย ได้สำเร็จ จัดเป็นคดีตัวอย่างสำหรับประเทศไทยได้ในอนาคต โดยเฉพาะอย่างยิ่งอาจจะเกิดดีการนำเข้าขยะมีพิษ และ ขยะอันตรายเข้ามาจากประเทศคู่ค้าที่ทำสนธิสัญญา ความตกลง ประเภท FTA หรือ EPA

เป็นต้น คดีต่อไปเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกลไกการยุติข้อพิพาทระหว่างบริษัทเอกชนกับรัฐบาลผ่านกลไกการอนุญาโตตุลาการในคดี Metal Clad ดังต่อไปนี้

กรณีศึกษา คดี Metal clad Corporation VS United Mexican States

CASE No. ARB (AF)/97/1

**INTERNATIONAL CENTRE FOR
SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES**

(ADDITIONAL FACILITY)

B E T W E E N:

METALCLAD CORPORATION

Claimant

and

THE UNITED MEXICAN STATES

Respondent

A W A R D

Before the Arbitral Tribunal constituted under Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement, and comprised of: Professor Sir Elihu Lauterpacht, QC, CBE President Mr Benjamin R. Civiletti Mr José Luis Siqueiros *Date of dispatch to the parties: August 30, 2000*

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION 1

II. THE PARTIES 2–5

A. The Claimant 2–4

B. The Respondent 5

III. OTHER ENTITIES 6

IV. PROCEDURAL HISTORY 7–27

V. FACTS AND ALLEGATIONS 28–69

A. The Facilities at Issue 28–29

B. Metalclad's Purchase of the Site and Its Landfill Permits 30–36

C. Construction of the Hazardous Waste Landfill 37–44

D. Metalclad is Prevented from Operating the Landfill 45–69

VI. APPLICABLE LAW 70–71

VII. THE TRIBUNAL'S DECISION 72–112

A. Responsibility for the conduct of state and local governments 73

B. NAFTA, Article 1105: fair and equitable treatment 74–101

C. NAFTA, Article 1110: Expropriation 102–112 CASES 3

VIII. QUANTIFICATION OF DAMAGES OR COMPENSATION 113–129

A. Basic elements of Valuation 113–125

B. “Bundling” 126

C. Remediation 127

D. Interest 128

E. Recipient 129

IX. COSTS 130

X. AWARD 131

I. INTRODUCTION

1. This dispute arises out of the activities of the Claimant, Metalclad Corporation (hereinafter “Metalclad”), in the Mexican Municipality of Guadalcázar (hereinafter “Guadalcázar”), located in the Mexican State of San Luis Potosí (hereinafter “SLP”). Metalclad alleges that Respondent, the United Mexican States (hereinafter “Mexico”), through its local governments of SLP and Guadalcázar, interfered with its development and operation of a hazardous waste landfill. Metalclad claims that this interference is a violation of the Chapter Eleven investment provisions of the North American Free Trade Agreement (hereinafter “NAFTA”). In particular, Metalclad alleges violations of (i) NAFTA, Article 1105, which requires each Party to NAFTA to “accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”; and (ii) NAFTA, Article 1110, which provides that “no Party to NAFTA may directly or indirectly nationalize or expropriate an investment of an investor of another Party in its territory or take a measure tantamount to nationalization or expropriation of such an investment (‘expropriation’), except: (a) for a public purpose; (b) on a non-discriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation in accordance with paragraphs 2 through 6”. Mexico denies these allegations.

II. THE PARTIES

A. The Claimant

Metalclad is an enterprise of the United States of America, incorporated under the laws of Delaware. Eco-Metalclad Corporation (hereinafter “ECO”) is an enterprise of the United States of America, incorporated under the laws of Utah. ECO is wholly-owned by Metalclad, and owns 100% of the shares in Ecosistemas Nacionales, S.A. de C.V. (hereinafter “ECONSA”), a Mexican corporation. In 1993, ECONSA CASES 5 purchased the Mexican company Confinamiento Tecnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (hereinafter “COTERIN”) with a view to the acquisition, development and operation of the latter’s hazardous waste transfer station and landfill in the valley of La Pedrera, located in Guadalcázar. COTERIN is the owner of record of the landfill property as well as the permits and licenses which are at the base of this dispute. Support in the state and local community lay with the federal government³. COTERIN is the “enterprise” on behalf of which Metalclad has, as an “investor of a Party”, submitted a claim to arbitration under NAFTA, Article 1117. In these proceedings, Metalclad has been represented by: Clyde C. Pearce, Esq. Law Offices of Clyde C. Pearce 1418 South Main Street Suite 201 Salinas, California 93908 USA.

B. The Respondent

The Respondent is the Government of the United Mexican States. It has been represented by: Lic. Hugo Perezcano Diaz Consultor Juridico Subsecretaria de Negociaciones Comerciales Internacionales Direccion General de Consultoria Juridica de Negociaciones Secretaria de Comercio y Fomento Industrial Alfonso Reyes No.30, Piso 17 Colonia Condesa Mexico, Distrito Federal, C.P. 06149 Mexico.

III. OTHER ENTITIES

The Town Council of Guadalcázar, SLP, is the municipal government of Guadalcázar, the site of the landfill project. While neither Guadalcázar nor SLP are named as Respondents, Metalclad alleges that Guadalcázar and SLP took some of the actions claimed to constitute unfair treatment and expropriation violation of NAFTA.

IV. PROCEDURAL HISTORY

On October 2, 1996, Metalclad delivered to Mexico a Notice of Intent to Submit a Claim to Arbitration in accordance with NAFTA, Article 1119, thereby instituting proceedings on behalf of its wholly owned enterprise, COTERIN, for purposes of standing under NAFTA, Article 1117. On December 30, 1996, Metalclad delivered to Mexico a written consent and waiver in compliance with NAFTA, Article 1121(2)(a) and (b). 8. On January 2, 1997, and pursuant to the NAFTA, Article 1120, Metalclad filed its Notice of Claim with the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter "ICSID"),¹ and requested the Secretary-General of ICSID to approve and register its application and to permit access to the ICSID Additional Facility.

9. On January 13, 1997, the Secretary-General of ICSID informed the parties that the requirements of Article 4(2) of the ICSID Additional Facility Rules had been fulfilled and that Metalclad's application for access to the Additional Facility was approved. The Secretary-General of ICSID issued a Certificate of Registration of the Notice of Claim on that same day.

10. On May 19, 1997, the Tribunal was constituted. The Secretary - General of ICSID informed the parties that the Tribunal was "deemed to have been constituted and the proceedings to have begun" on May 19, 1997, and that Mr. Alejandro A. Escobar, ICSID, would serve as Secretary to the Tribunal. All subsequent written communications between the Tribunal and the parties were made through the ICSID Secretariat.

Under NAFTA, Article 1120(1)(b), a disputing investor may submit its claim to arbitration under the Additional Facility Rules of ICSID provided that either the disputing Party whose measure is alleged to be a breach referred to in Article 1117 (in this case, Mexico) or the Party of the investor (in this case, the United States of America), but not both, is a party to the ICSID Convention. The United States of America is a party to the ICSID Convention; Mexico is not. Hence the Additional Facility Rules of ICSID appropriately govern the administration of these proceedings.

CASES 7

11. The first session of the Tribunal was held, with the parties' agreement, in Washington, D.C. on July 15, 1997. In accordance with Article 21 of the ICSID Arbitration (Additional Facility) Rules (hereinafter "the Rules"), the Tribunal then determined that the place of arbitration would be Vancouver, British Columbia, Canada. The parties accepted that determination by the Tribunal.

12. Numerous requests for production of documents were exchanged by the parties, some of which were allowed, and some of which were disallowed, particularly those that came later in the proceedings. Through instructions given by its President,² the Tribunal issued a ruling on April 27, 1999, relating to Mexico's April 14, 1999 Request for Production of Documents. The President of the Tribunal indicated that he could not, at that stage of the case, decide the extent to which the requested documents and materials might be relevant to the case, but ordered Metalclad to produce the documents at issue and noted that Metalclad might seek an award of costs related to the production should the requests be adjudged unreasonable or improper. No such finding has been made.

13. On September 10, 1997, pursuant to NAFTA, Article 1134 providing for interim measures of protection and Article 28 of the Rules providing for Procedural Orders, Mexico filed a Request for a Confidentiality Order seeking a formal order that the proceedings be confidential. Metalclad filed its response on October 9, 1997. On October 27, 1997, the Tribunal issued a determination, which in its material part reads as follows: "There remains nonetheless a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contain any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, At the first session of the Tribunal, of July 15, 1997, the parties agreed that the President of the Tribunal should have the power to determine procedural matters.

8 ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL each of them is still free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission. Indeed, as has been pointed out by the Claimant in its comments, under United States security laws, the Claimant, as a public company traded on a public stock exchange in the United States, is under a positive duty to provide certain information about its activities to its shareholders, especially regarding its involvement in a process the outcome of which could perhaps significantly affect its share value. "The above having been said, it still appears to the Arbitral Tribunal that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process and conducive to the maintenance of working relations between the Parties if during the proceedings they were both to limit public discussion of the case to a minimum, subject only to any externally imposed obligation of disclosure by which either of them may be legally bound".

14. On October 14, 1997, Metalclad filed its Memorial. On December 17, 1997, Mexico filed a Request for an Extension of Time for the filing of its Counter-memorial. Metalclad filed an Opposition to the requested extension, Mexico filed a Reply and Metalclad filed a Rejoinder. On January 7, 1998, the Tribunal granted Mexico's request for an extension and ordered that Mexico's Counter-Memorial be filed February 17, 1998.

15. On February 17, 1998, Mexico filed its Counter-Memorial without objection. Certain exhibits of Mexico's Counter-Memorial were filed May 22, 1998, and Mexico's translations of certain exhibits were filed with the Claimant on July 17, 1998 and with the Secretariat on July 20, 1998.

16. On February 20, 1998, Metalclad filed a Motion for Sanctions regarding Mexico's "untimely" filing of its Counter-Memorial. Metalclad objected to Mexico's failure to submit translations of all pertinent documents with the Counter-Memorial on the date due and set by previous Order of the Arbitral Tribunal. Mexico filed an Opposition to the Motion for Sanctions, to which Metalclad filed a Reply and Rejoinder, to which Mexico filed an additional Opposition. On March 31, 1998, the Tribunal denied Metalclad's Motion for Sanctions and stated that non-acceptance of the Counter-Memorial and/or the exclusion of certain documents from consideration would be excessive under the circumstances. The Tribunal further stated that it had been "unable to identify significant, if any, harm suffered by the Claimant by reason of the delay in the filing of the translations".

17. On April 6, 1998, Metalclad filed a Request to Submit a Reply to Mexico's Counter-Memorial, to which Mexico filed an Opposition. On April 20, 1998, the Tribunal granted Metalclad's Request to Submit a Reply, and ordered Metalclad to file the same by June 30, 1998. In its Order, the Tribunal noted that the date for Mexico's Rejoinder would be set after the Tribunal had considered the Reply.

18. On June 22, 1998, Metalclad filed a Motion for Additional Time to File its Reply, to which Mexico filed a Response. On June 29, 1998, the Tribunal granted Metalclad's Motion for Additional Time and ordered the Reply to be filed August 6, 1998. On July 28, 1998, the Tribunal granted the Claimant's request for a further extension of the time period for filing its Reply until August 21, 1998.

19. On August 21, 1998, Metalclad filed its Reply without objection. Transcriptions of portions of the American Appraisal Associate's ("AAA") Expert Report were filed September 3, 1998. Translations of the Reply were filed September 22, 1998 and translations of the AAA Expert Report were filed September 28, 1998.

20. On October 5, 1998, Mexico filed Observations regarding Metalclad's Reply. Metalclad filed a Reply to the Observations, to which Mexico filed a Reply. On November 13, 1998, the Tribunal denied Mexico's requests for exclusion of certain information submitted with the Reply and for the award of costs at that point in time. The Tribunal ordered Mexico to file its Rejoinder by March 19, 1999.

21. On February 22, 1999, Mexico filed a Request for an Extension of Time for the Filing of its Rejoinder. On March 4, 1999, the Tribunal granted Mexico's Request for an Extension of Time and ordered Mexico to ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL file the Rejoinder by April 19, 1999. In the same Order, the Tribunal set the pre-hearing conference for the marshalling of the evidence for July 6, 1999 in Washington, D.C. The Tribunal also ordered the parties' witness lists to be filed by June 11, 1999, together with an outline of each witness's testimony and an estimate of time for each party's presentation of its case and for the examination of witnesses. The Tribunal further set the hearing on the merits for August 30, 1999.

22. On March 11, 1999, Mexico filed a Request for Production of Documents. Metalclad filed a Response to Mexico's Request, to which Mexico filed a Reply. On April 14, 1999, Mexico then filed a request for an extension of one month in the time for filing its Rejoinder. On April 16, 1999, the Tribunal granted in part Mexico's Request for an Extension and ordered that the Rejoinder be filed by May 3, 1999. The Tribunal further extended the time for the parties to submit their marshalling of the evidence briefs to June 18, 1999. On May 3, 1999, Mexico filed its Rejoinder.

23. During the written phase of the pleadings, statements from the following persons were submitted by the Parties: by Metalclad – American Appraisal Associates, Augustina Armijo Bautista, Kevin C. Brennan, Gustavo Carvajal Isunza, Francisco Castillo Ayala, Centro JURICI, Ramon Chavez Quirarte, Anthony Dabbene, Daniel de la Torre, Jorge de la Torre, Lee A. Deets, William E. Gordon, Javier Guerra Cisneros, Bruce H. Haglund, Jaime E. Herrera, Ambassador James R. Jones, Grant S. Kesler, Ariel Miranda Nieto, Paul Mitchener, T. Daniel

Neveau, Herbert L. Oakes Jr., Sandra Ray-Baucom, David Robinson, Sergio Reyes Lujan, Humberto C. Rodarte Ramon, Mario Salgado de la Sancha, Leland E. Sweetser, Anthony Talamantez, Mike Tuckett, Roy Zanatta; by Mexico – Luis Manuel Abella Armella, Sergio Aleman Gonzalez, Rene Altamirano Perez, Salomon Avila Perez, Antonio Azuela de la Cueva, Fernando Bejarano, Alan Borner, John C. Butler III, Julia Carabias Lillo, Juan Carrera Mendoza, José Ramón Cossío Díaz, Pablo Cruz Llañez, Kevin Dages, Jaime de la Cruz Nogueta, Jose Mario de la Garza Mendizabal, Carlos de Silva, Fernando Diaz-Barriga Martinez, Hector Raul Garcia Leos, Jorge Adolfo Hermosillo Silva, Francisco Enrique Hernandez Sanchez, Sergio Lopez Ayllon, Joel Milan, Pedro Medellin Milan, Hermilo Mendez Aguilar, Angelina Nunez, Santiago Oñate Laborde, Rogelio Orta Campos, Jose Antonio Ortega Rivero, Praxedis Palomo Tovar, Officials of PRODIN, Leonel Ramos Torres, Ronald E. Robertson, Aurelio Romo Navarro, Juan Antonio Romo, Horacio Sanchez Unzueta, Leonel Serrato Sanchez, Ulises Schmill Ordonez, Marcia Williams, Ramiro Zaragoza Garcia, Mark Zmijewski. As permitted by NAFTA, Article 1128, Canada made a written submission to the Tribunal on July 28, 1999. Although Canada does not have any specific commercial interest in the dispute in this case, the submission addressed the interpretation of NAFTA, Article 1110 relating to expropriation and compensation. Specifically, Canada rejected Metalclad's suggestion that NAFTA, Article 1110 is a codification of the United States' position on the rules of international law regarding expropriation and compensation. With the agreement of the parties, a hearing was held in Washington, D.C. from August 30, 1999 through September 9, 1999, at which both parties appeared and presented witnesses. The Tribunal directed that only those portions of the written submissions that were disputed were to be introduced at the hearing. Witnesses called by Metalclad for cross-examination were Julia Carabias Lillo, Horacio Sanchez Unzueta, Pedro Medellin Milan, Leonel Ramos Torres, Marcia Williams and John Butler III; witnesses called for cross-examination by Mexico were Grant S. Kesler, Gustavo Carvajal Isunza, Anthony Dabbene, Lee A. Deets and Daniel T. Neveau.

26. The Tribunal posed questions to the parties, which were addressed by the parties in their post-hearing briefs submitted on November 9, 1999. Full verbatim transcripts were made of the hearing and distributed to the parties.

27. As permitted by NAFTA, Article 1128, the United States made a written submission to the Tribunal on November 9, 1999. Although the United States does not have any specific commercial interest in the dispute in this case, the submission set forth the United States' position that the actions of local governments, including municipalities, are subject to NAFTA

standards. The United States also submitted that the NAFTA, Article 1110, term “tantamount to expropriation” addressed both measures that directly expropriate and measures tantamount to expropriation that thereby indirectly expropriate investments. The United States rejected the suggestion that the term “tantamount to expropriation” was intended to ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL create a new category of expropriation not previously recognized in customary international law.

V. FACTS AND ALLEGATIONS

A. The Facilities at Issue

28. In 1990 the federal government of Mexico authorized OTERIN to construct and operate a transfer station for hazardous waste in La Pedrera, a valley located in Guadalupe in SLP. The site has an area of 814 hectares and lies 100 kilometers northeast of the capital city of SLP, separated from it by the Sierra Guadalupe mountain range, 70 kilometers from the city of Guadalupe. Approximately 800 people live within ten kilometers of the site.

29. On January 23, 1993, the National Ecological Institute (hereinafter “INE”), an independent sub-agency of the federal Secretariat of the Mexican Environment, National Resources and Fishing (hereinafter “SEMARNAP”), granted COTERIN a federal permit to construct a hazardous waste landfill in La Pedrera (hereinafter “the landfill”).

B. Metalclad’s Purchase of the Site and its Landfill Permits

30. Three months after the issuance of the federal construction permit, on April 23, 1993, Metalclad entered into a 6-month option agreement to purchase COTERIN together with its permits, in order to build the hazardous waste landfill.

31. Shortly thereafter, on May 11, 1993, the government of SLP granted COTERIN a state land use permit to construct the landfill. The permit was issued subject to the condition that the project adapt to the specifications and technical requirements indicated by the corresponding authorities, and accompanied by the General Statement that the license did not prejudice the rights or ownership of the applicant and did not authorize works, constructions or the functioning of business or activities.

32. One month later, on June 11, 1993, Metalclad met with the Governor of SLP to discuss the project. Metalclad asserts that at this meeting it obtained the Governor's support for the project. In fact, the Governor acknowledged at the hearing that a reasonable person might expect that the Governor would support the project if studies confirmed the site as suitable or feasible and if the environmental impact was consistent with Mexican standards.

33. Metalclad further asserts that it was told by the President of the INE and the General Director of the Mexican Secretariat of Urban Development and Ecology (hereinafter "SEDUE")³ that all necessary permits for the landfill had been issued with the exception of the federal permit for operation of the landfill. A witness statement submitted by the President of the INE suggests that a hazardous waste landfill could be built if all permits required by the corresponding federal and state laws have been acquired.

34. Metalclad also asserts that the General Director of SEDUE told Metalclad that the responsibility for obtaining project.

35. On August 10, 1993, the INE granted COTERIN the federal permit for operation of the landfill. On September 10, 1993, Metalclad exercised its option and purchased COTERIN, the landfill site and the associated permits.

36. Metalclad asserts it would not have exercised its COTERIN purchase option but for the apparent approval and support of the project by federal and state officials.

C. Construction of the Hazardous Waste Landfill

37. Metalclad asserts that shortly after its purchase of COTERIN, the Governor of SLP embarked on a public campaign to denounce and prevent the operation of the landfill.

38. Metalclad further asserts, however, that in April 1994, after months of negotiation, Metalclad believed it had secured SLP's agreement to support the project. Consequently, in May 1994, after receiving an eighteen-month extension of the previously issued federal construction 3 SEDUE is the predecessor organization to SEMARNAP. 14 ICSID REVIEWS—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL permit from the INE, Metalclad began construction of the landfill. Mexico denies that SLP's agreement or support had ever been obtained.

39. Metalclad further maintains that construction continued openly and without interruption through October 1994. Federal officials and state representatives inspected the construction site during this period, and Metalclad provided federal and state officials with written status reports of its progress.

40. On October 26, 1994, when the Municipality ordered the cessation of all building activities due to the absence of a municipal construction permit, construction was abruptly terminated.

41. Metalclad asserts it was once again told by federal officials that it had all the authority necessary to construct and operate the landfill; that federal officials said it should apply for the municipal construction permit to facilitate an amicable relationship with the Municipality; that federal officials assured it that the Municipality would issue the permit as a matter of course; and that the Municipality lacked any basis for denying the construction permit. Mexico denies that any federal officials represented that a municipal permit was not required, and affirmatively states that a permit was required and that Metalclad knew, or should have known, that the permit was required.

42. On November 15, 1994, Metalclad resumed construction and submitted an application for a municipal construction permit.

43. On January 31, 1995, the INE granted Metalclad an additional federal construction permit to construct the final disposition cell for hazardous waste and other complementary structures such as the landfill's administration building and laboratory.

44. In February 1995, the Autonomous University of SLP (hereinafter "UASLP") issued a study confirming earlier findings that, although the landfill site raised some concerns, with proper engineering it was geographically suitable for a hazardous waste landfill. In March 1995, the Mexican Federal Attorney's Office for the Protection of the Environment (hereinafter "PROFEPA"), an independent sub-agency of SEMARNAP, conducted an audit of the site and also concluded that, with proper engineering and operation, the landfill site was geographically suitable for a hazardous waste landfill.

D. Metalclad is Prevented from Operating the Landfill

45. Metalclad completed construction of the landfill in March 1995. On March 10, 1995, Metalclad held an “open house,” or “inauguration,” of the landfill which was attended by a number of dignitaries from the United States and from Mexico’s federal, state and local governments.

46. Demonstrators impeded the “inauguration,” blocked the entry and exit of buses carrying guests and workers, and employed tactics of intimidation against Metalclad. Metalclad asserts that the demonstration was organized at least in part by the Mexican state and local governments, and that state troopers assisted in blocking traffic into and out of the site. Metalclad was thenceforth effectively prevented from opening the landfill.

47. After months of negotiation, on November 25, 1995, Metalclad and Mexico, through two of SEMARNAP’s independent sub-agencies (the INE and PROFEPA), entered into an agreement that provided for and allowed the operation of the landfill (hereinafter “the *Convenio*”).

48. The *Convenio* stated that an environmental audit of the site was carried out from December, 1994 through March, 1995; that the purpose of the audit was to check the project’s compliance with the laws and regulations; to check the project’s plans for prevention of and attention to emergencies; and to study the project’s existing conditions, control proceedings, maintenance, operation, personnel training and mechanisms to respond to environmental emergencies. The *Convenio* also stated that, as the audit detected certain deficiencies, Metalclad was required to submit an action plan to correct them; that Metalclad did indeed submit an action plan including a corresponding site remediation plan; and that Metalclad agreed to carry out the work and activities set forth in the action plan, including those in the corresponding plan of remediation. These plans required that remediation and commercial operation should take place simultaneously within the first three years of the landfill’s operation. The

Convenio provided for a five-year term of operation for the landfill, renewable by the INE and PROFEPA. In addition to requiring remediation, the *Convenio* stated that Metalclad would designate 34 hectares of its property as a buffer zone for the conservation of endemic species. The ICSID REVIEW—FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL

Convenio also required PROFEPA to create a Technical-Scientific Committee to monitor the remediation and required that representatives of the INE, the National Autonomous University of Mexico and the UASLP be invited to participate in that Committee. A Citizen Supervision Committee was to be created. Metalclad was to contribute two new pesos per ton of waste toward social works in Guadalcázar and give a 10% discount for the treatment and final disposition of hazardous waste generated in SLP. Metalclad would also provide one day per week of free medical advice for the inhabitants of Guadalcázar through Metalclad's qualified medical personnel, employ manual labor from within Guadalcázar, and give preference to the inhabitants of Guadalcázar for technical training. Metalclad would also consult with government authorities on matters of remediation and hazardous waste, and provide two courses per year on the management of hazardous waste to personnel of the public, federal, state and municipal sectors, as well as social and private sectors.

49. Metalclad asserts that SLP was invited to participate in the process of negotiating the *Convenio*, but that SLP declined. The Governor of SLP denounced the *Convenio* shortly after it was publicly announced.

50. On December 5, 1995, thirteen months after Metalclad's application for the municipal construction permit was filed, the application was denied. In doing this, the Municipality recalled its decision to deny a construction permit to COTERIN in October 1991 and January 1992 and noted the "impropriety" of Metalclad's construction of the landfill prior to receiving a municipal construction permit.

51. There is no indication that the Municipality gave any consideration to the construction of the landfill and the efforts at operation during the thirteen months during which the application was pending.

52. Metalclad has pointed out that there was no evidence of inadequacy of performance by Metalclad of any legal obligation, nor any showing that Metalclad violated the terms of any federal or state permit; that there was no evidence that the Municipality gave any consideration to the recently completed environmental reports indicating that the site was in fact suitable for a hazardous waste landfill; that there was no evidence that the site, as constructed, failed to meet any specific construction requirements; that there was no evidence that the Municipality ever required or issued a municipal construction permit for any other construction project in

Guadalcazar; and that there was no evidence that there was an established administrative process with respect to municipal construction permits in the Municipality of Guadalcazar.

53. Mexico asserts that Metalclad was aware through due diligence that a municipal permit might be necessary on the basis of the case of COTERIN (1991, 1992), and other past precedents for various projects in SLP.

54. Metalclad was not notified of the Town Council meeting where the permit application was discussed and rejected, nor was Metalclad given any opportunity to participate in that process. Metalclad's request for reconsideration of the denial of the permit was rejected.

55. In December 1995, shortly following the Municipality's rejection of Metalclad's permit application, the Municipality filed an administrative complaint with SEMARNAP challenging the *Convenio*. SEMARNAP denied the Municipality's complaint.

56. On January 31, 1996, the Municipality filed an *amparo* proceeding in the Mexican courts challenging SEMARNAP's dismissal of its *Convenio* complaint. An injunction was issued and Metalclad was barred from conducting any hazardous waste landfill operations. The *amparo* was finally dismissed, and the injunction lifted, in May 1999.

57. On February 8, 1996, the INE granted Metalclad an additional permit authorizing the expansion of the landfill capacity from 36,000 tons per year to 360,000 tons per year.

58. From May 1996 through December 1996, Metalclad and the State of SLP attempted to resolve their issues with respect to the operation of the landfill. These efforts failed and, on January 2, 1997, Metalclad initiated the present arbitral proceedings against the Government of Mexico under Chapter Eleven of the NAFTA.

59. On September 23, 1997, three days before the expiry of his term, the Governor issued an Ecological Decree declaring a Natural Area for the protection of rare cactus. The Natural Area encompasses the area of the landfill. Metalclad relies in part on this Ecological Decree as an additional element in its claim of expropriation, maintaining that the Decree effectively and permanently precluded the operation of the landfill.

60. Metalclad also alleges, on the basis of reports by the Mexican media, that the Governor of SLP stated, that the Ecological Decree “definitely cancelled any possibility that exists of opening the industrial waste landfill of La Pedrera”.

61. Metalclad also asserts that a high level SLP official, with respect to the Ecological Decree and as reported by Mexican media, “expressed confidence in closing in this way, all possibility for the United States firm Metalclad to operate its landfill in this zone, independently of the future outcome of its claim before the Arbitral Tribunals of the NAFTA treaty”.

62. The landfill remains dormant. Metalclad has not sold or transferred any portion of it.

63. Mexico denies each of these media accounts as they relate to the Ecological Decree.

64. Mexico also maintains that consideration of the Ecological Decree is outside the jurisdiction of the Tribunal because the Decree was enacted after the filing of the Notice of Intent of Arbitration. More particularly, Mexico argues that NAFTA, Article 1119, entitled “Notice of Intent to Submit a Claim”, precludes claims for breaches that have not yet occurred, relying on the language in that Article which states that: “The disputing investor shall deliver to the disputing Party written notice of its intention to submit a claim to arbitration at least 90 days before a claim is submitted, which notice shall specify:

...

(b) The provisions of [the NAFTA] alleged to have been breached and any other relevant provisions.

(c) The issues and factual basis for the claim.” Mexico further invokes NAFTA, Article 1120 which requires that six months elapse between the events giving rise to a claim and the submission of the claim. On the basis of these two Articles, Mexico argues that a claimant must ensure its claim is ripe at the time it is filed. At the same time, Mexico does not exclude the possibility that amendments to a claim may be made. Rather, Mexico initially asserted that in order to ensure fairness and clarity, amendment of a claim or the presentation of an ancillary claim within Article 48 of the Additional Facility Rules should be the subject of a formal application and the required amendment should be stated clearly. Later, Mexico adjusted its position in its post hearing brief in which it argues that Section B of Chapter Eleven does not contemplate the amendment of ripened claims to include post-claim events. Mexico contends that Section B of Chapter Eleven modifies the Additional Facility Rules as regards the

amendment of claims and the filing of ancillary claims, making Article 48 of the Additional Facility Rules inapplicable.

65. Metalclad's position is that Mexico's analysis of Articles 1119 and 1120 is artificial, and that the six month rule merely sets forth an initial rule for claim eligibility designed to foster exhaustion of pre-arbitral methods of dispute resolution. In support of its position, Metalclad invokes NAFTA, Article 1118, which provides that disputing parties should first attempt to settle a claim through consultation or negotiation. Metalclad further adduces policy reasons in support of its right to base its claim on acts occurring after submission of its Notice of Claim. First, Metalclad argues that policies related to the administration of justice support its position. In particular, it argues that an inability to rely on post- Notice of Claim acts would deprive parties of redress concerning a period during which a State might be most inclined to disregard its treaty obligations. Second,

66. Metalclad argues that requiring a claimant to forego or defer the airing of subsequent, related, breaches would be inconsistent with NAFTA's stated aim of creating effective procedures for the resolution of its disputes. Such an interpretation, Metalclad suggests, would create serious inefficiencies by requiring the claimant to bring related actions *seriatim* and that those actions would be subject to *res judicata* principles to a Claimant's detriment. Metalclad also argues that injustice would result because claimants will choose, for financial and other reasons, not to start a fresh NAFTA action and tribunals would be unable to consider acts of bad faith occurring during the arbitration. Third, Metalclad maintains that its view is consistent with the ICSID Arbitral Tribunal's broad jurisdiction. Metalclad points out that the texts mentioned in NAFTA, Article 1120, allow for amendment of claims and cites Article 48 of the Rules as allowing for incidental or additional claims provided that such claims are within the scope of the arbitration agreement of the parties. Metalclad concludes that the policies underlying NAFTA, Articles 1119 and 1120, are fulfilled once the appropriate periods have passed prior to submission of the claim and that the Respondent is not prejudiced by the amendments, provided that they are made no later than the Claimant's Reply and that the Respondent is permitted a Rejoinder. The Tribunal accepts Mexico's contention that a case may not be initiated on the basis of an anticipated breach. However, the Tribunal cannot accept Mexico's interpretation and application of the time limits set out in the NAFTA. Metalclad properly submitted its claim under the Additional Facility Rules as provided under NAFTA, Article 1120. Article 1120(2) provides that the arbitration rules under which the claim is submitted shall govern the arbitration except to the extent modified by Section B of Chapter

Eleven. Article 48(1) of the Rules clearly states that a party may present an incidental or additional claim provided that the ancillary claim is within the scope of the arbitration agreement of the parties.

67. The Tribunal does not agree with Mexico's post-hearing position that Section B of Chapter Eleven modifies Article 48 of the Rules. The Tribunal believes it was not the intent of the drafters of NAFTA, Articles 1119 and 1120, to limit the jurisdiction of a Tribunal under Chapter Eleven in this way. Rather, the Tribunal prefers Mexico's position, as stated in its Rejoinder, that construes NAFTA Chapter Eleven, Section B, and Article 48 of the Rules as permitting amendments to previously submitted claims and consideration of facts and events occurring subsequent to the submission of a Notice of Claim, particularly where the facts and events arise out of and/or are directly related to the original claim. A contrary holding would require a claimant to file multiple subsequent and related actions and would lead to inefficiency and inequity.

68. The Tribunal agrees with Mexico that the process regarding amendments to claims must be one that ensures fairness and clarity. Article 48(2) of the Rules ensures such fairness by requiring that any ancillary claim be presented not later than the Claimant's Reply. In this matter, Metalclad presented information relating to the Ecological Decree and its intent to rely on the Ecological Decree as early as its Memorial. Mexico subsequently filed its Counter-Memorial and Rejoinder. The Ecological Decree directly relates to the property and investment at issue, and Mexico has had ample notice and opportunity to address issues relating to that Decree.

69. The Tribunal thus finds that, although the Ecological Decree was issued subsequent to Metalclad's submission of its claim, issues relating to it were presented by Metalclad in a timely manner and consistently with the principles of fairness and clarity. Mexico has had ample opportunity to respond and has suffered no prejudice. The Tribunal therefore holds that consideration of the Ecological Decree is within its jurisdiction but, as will be seen, does not attach to it controlling importance.

VI. APPLICABLE LAW

70. A Tribunal established pursuant to NAFTA Chapter Eleven, Section B must decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and applicable rules of international law. (*NAFTA Article 1131(1)*). In addition, NAFTA Article 102(2) provides that the Agreement must be interpreted and applied in the light of its stated objectives and in accordance with applicable rules of international law. These objectives specifically include transparency and the substantial increase in investment opportunities in the territories of the Parties. (*NAFTA Article 102(1)(c)*). The Vienna Convention on the Law of Treaties, Article 31(1) provides that a treaty is to be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of the treaty's object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes, any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty. (*Id.*, *Article 31(2)(a)*). There shall also be taken into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. (*Id.*, *Article 31(3)*). Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith. (*Id.*, *Article 26*). A State party to a treaty may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform the treaty. (*Id.*, *Article 27*).

71. The Parties to NAFTA specifically agreed to "ENSURE a predictable commercial framework for business planning and investment". (*NAFTA Preamble, para. 6 (emphasis in original)*). NAFTA further requires that "[e]ach Party shall ensure that its laws, regulations, procedures, and administrative rulings of general application respecting any matter covered by this Agreement are promptly published or otherwise made available in such a manner as to enable interested persons and Parties to become acquainted with them". *Id. Article 1802.1*.

VII. THE TRIBUNAL'S DECISION

72. Metalclad contends that Mexico, through its local governments of SLP and Guadalupe, interfered with and precluded its operation of the landfill. Metalclad alleges that this interference is a violation of Articles 1105 and 1110 of Chapter Eleven of the investment provisions of NAFTA.

A. Responsibility for the conduct of state and local governments.

73. A threshold question is whether Mexico is internationally responsible for the acts of SLP and Guadalcázar. The issue was largely disposed of by Mexico in paragraph 233 of its post-hearing submission, which stated that “[Mexico] did not plead that the acts of the Municipality were not covered by NAFTA. [Mexico] was, and remains, prepared to proceed on the assumption that the normal rule of state responsibility applies; that is, that the Respondent can be internationally responsible for the acts of state organs at all three levels of government”. Parties to that Agreement must “ensure that all necessary measures are taken in order to give effect to the provisions of the Agreement, including their observance, except as otherwise provided in this Agreement, by state and provincial governments”. (*NAFTA Article 105*). A reference to a state or province includes local governments of that state or province. (*NAFTA Article 201(2)*). The exemptions from the requirements of Articles 1105 and 1110 laid down in Article 1108(1) do not extend to states or local governments. This approach accords fully with the established position in customary international law. This has been clearly stated in Article 10 of the draft articles on state responsibility adopted by the International Law Commission of the United Nations in 1975 which, though currently still under consideration, may nonetheless be regarded as an accurate restatement of the present law: “The conduct of an organ of a State, of a territorial government entity or of an entity empowered to exercise elements of the Governmental authority, such organ having acted in that capacity, shall be considered as an act of the State under international law even if, in the particular case, the organ exceeded its competence according to internal law or contravened instructions concerning its activity”. (*Yearbook of the International Law Commission*, 1975, vol. ii, p.61).

B. NAFTA Article 1105: Fair and equitable Treatment

74. NAFTA Article 1105(1) provides that “each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security”. For the reasons set out below, the Tribunal finds that Metalclad’s investment was not accorded fair and equitable treatment in accordance with international law, and that Mexico has violated NAFTA Article 1105(1).

75. An underlying objective of NAFTA is to promote and increase cross-border investment opportunities and ensure the successful implementation of investment initiatives. (*NAFTA Article 102(1)*).

76. Prominent in the statement of principles and rules that introduces the Agreement is the reference to “transparency” (*NAFTA Article 102(1)*). The Tribunal understands this to include the idea that all relevant legal requirements for the purpose of initiating, completing and successfully operating investments made, or intended to be made, under the Agreement should be capable of being readily known to all affected investors of another Party. There should be no room for doubt or uncertainty on such matters. Once the authorities of the central government of any Party (whose international responsibility in such matters has been identified in the preceding section) become aware of any scope for misunderstanding or confusion in this connection, it is their duty to ensure that the correct position is promptly determined and clearly stated so that investors can proceed with all appropriate expedition in the confident belief that they are acting in accordance with all relevant laws.

77. Metalclad acquired COTERIN for the sole purpose of developing and operating a hazardous waste landfill in the valley of La Pedrera, in Guadalcázar, SLP.

78. The Government of Mexico issued federal construction and operating permits for the landfill prior to Metalclad’s purchase of COTERIN, and the Government of SLP likewise issued a state operating permit which implied its political support for the landfill project.

79. A central point in this case has been whether, in addition to the above-mentioned permits, a municipal permit for the construction of a hazardous waste landfill was required.

80. When Metalclad inquired, prior to its purchase of COTERIN, as to the necessity for municipal permits, federal officials assured it that it had all that was needed to undertake the landfill project. Indeed, following Metalclad’s acquisition of COTERIN, the federal government extended the federal construction permit for eighteen months.

81. As presented and confirmed by Metalclad’s expert on Mexican law, the authority of the municipality extends only to the administration of the construction permit, “. . .to grant licenses and permits for constructions and to participate in the creation and administration of ecological reserve zones . . .”. (*Mexican Const. Art. 115, Fraction V*). However, Mexico’s experts on constitutional law expressed a different view.

82. Mexico's General Ecology Law of 1988 (hereinafter "LGEEPA") expressly grants to the Federation the power to authorize construction and operation of hazardous waste landfills. Article 5 of the LGEEPA provides that the powers of the Federation extend to: V. [t]he regulation and control of activities considered to be highly hazardous, and of the generation, handling and final disposal of hazardous materials and wastes for the environments of ecosystems, as well as for the preservation of natural resources, in accordance with [the] Law, other applicable ordinances and their regulatory provisions.

83. LGEEPA also limits the environmental powers of the municipality to issues relating to non-hazardous waste. Specifically, Article 8 of the LGEEPA grants municipalities the power in accordance with the provisions of the law and local laws to apply: [l]egal provisions in matters of prevention and control of the effects on the environment caused by generation, transportation, storage, handling treatment and final disposal of solid industrial wastes which are not considered to be hazardous in accordance with the provisions of Article 137 of [the 1988] law. (Emphasis supplied).

84. The same law also limits state environmental powers to those not expressly attributed to the federal government. *Id.*, Article 7.

85. Metalclad was led to believe, and did believe, that the federal and state permits allowed for the construction and operation of the landfill. Metalclad argues that in all hazardous waste matters, the Municipality has no authority. However, Mexico argues that constitutionally and lawfully the Municipality has the authority to issue construction permits.

86. Even if Mexico is correct that a municipal construction permit was required, the evidence also shows that, as to hazardous waste evaluations and assessments, the federal authority's jurisdiction was controlling and the authority of the municipality only extended to appropriate construction considerations. Consequently, the denial of the permit by the Municipality by reference to environmental impact considerations in the case of what was basically a hazardous waste disposal landfill, was improper, as was the municipality's denial of the permit for any reason other than those related to the physical construction or defects in the site.

87. Relying on the representations of the federal government, Metalclad started constructing the landfill, and did this openly and continuously, and with the full knowledge of the

federal, state, and municipal governments, until the municipal “Stop Work Order” on October 26, 1994. The basis of this order was said to have been Metalclad’s failure to obtain a municipal construction permit.

88. In addition, Metalclad asserted that federal officials told it that if it submitted an application for a municipal construction permit, the Municipality would have no legal basis for denying the permit and that it would be issued as a matter of course. The absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.

89. Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill. In following the advice of these officials, and filing the municipal permit application on November 15, 1994, Metalclad was merely acting prudently and in the full expectation that the permit would be granted.

90. On December 5, 1995, thirteen months after the submission of Metalclad’s application – during which time Metalclad continued its open and obvious investment activity – the Municipality denied Metalclad’s application for a construction permit. The denial was issued well after construction was virtually complete and immediately following the announcement of the *Convenio* providing for the operation of the landfill.

91. Moreover, the permit was denied at a meeting of the Municipal Town Council of which Metalclad received no notice, to which it received no invitation, and at which it was given no opportunity to appear.

92. The Town Council denied the permit for reasons which included, but may not have been limited to, the opposition of the local population, the fact that construction had already begun when the application was submitted, the denial of the permit to COTERIN in December 1991 and January 1992, and the ecological concerns regarding the environmental effect and impact on the site and surrounding communities. None of the reasons included a reference to any problems associated with the physical construction of the landfill or to any physical defects therein.

93. The Tribunal therefore finds that the construction permit was denied without any consideration of, or specific reference to, construction aspects or flaws of the physical facility.

94. Moreover, the Tribunal cannot disregard the fact that immediately after the Municipality's denial of the permit it filed an administrative complaint with SEMARNAP challenging the *Convenio*. The Tribunal infers from this that the Municipality lacked confidence in its right to deny permission for the landfill solely on the basis of the absence of a municipal construction permit.

95. SEMARNAP dismissed the challenge for lack of standing, which the Municipality promptly challenged by filing an *amparo* action. An injunction was issued, and the landfill was barred from operation through 1999.

96. In 1997 SLP re-entered the scene and issued an Ecological Decree in 1997 which effectively and permanently prevented the use by Metalclad of its investment.

97. The actions of the Municipality following its denial of the municipal construction permit, coupled with the procedural and substantive deficiencies of the denial, support the Tribunal's finding, for the reasons stated above, that the Municipality's insistence upon and denial of the construction permit in this instance was improper.⁴

98. This conclusion is not affected by NAFTA Article 1114, which permits a Party to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to environmental concerns. The conclusion of the *Convenio* and the issuance of the federal permits show clearly that Mexico was satisfied that this project was consistent with, and sensitive to, its environmental concerns.

99. Mexico failed to ensure a transparent and predictable framework for Metalclad's business planning and investment. The totality of these circumstances demonstrates a lack of orderly process and timely disposition in relation to an investor of a Party acting in the expectation that it would be treated fairly and justly in accordance with the NAFTA.

100. Moreover, the acts of the State and the Municipality – and therefore the acts of Mexico – fail to comply with or adhere to the requirements of NAFTA, Article 1105(1) that each Party accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with

international law, including fair and equitable treatment. This is so particularly in light of the governing principle that internal law (such as the Municipality's stated permit requirements) does not justify failure to perform a treaty. (*Vienna Convention on the Law of Treaties*, Arts. 26, 27).

101. The Tribunal therefore holds that Metalclad was not treated fairly or equitably under the NAFTA and succeeds on its claim under Article 1105. The question of turning to NAFTA before exhausting local remedies was examined by the parties. However, Mexico does not insist that local remedies must be exhausted. Mexico's position is correct in light of NAFTA Article 1121(2) (b) which provides that a disputing investor may submit a claim under NAFTA Article 1117 if both the investor and the enterprise waive their rights to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach referred to in NAFTA Article 1117.

C. NAFTA, Article 1110: Expropriation

102. NAFTA Article 1110 provides that "[n]o party shall directly or indirectly . . . expropriate an investment . . . or take a measure tantamount to . . . expropriation . . . except: (a) for a public purpose; (b) on a nondiscriminatory basis; (c) in accordance with due process of law and Article 1105(1); and (d) on payment of compensation" "A measure" is defined in Article 201(1) as including "any law, regulation, procedure, requirement or practice".

103. Thus, expropriation under NAFTA includes not only open, deliberate and acknowledged takings of property, such as outright seizure or formal or obligatory transfer of title in favour of the host State, but also covert or incidental interference with the use of property which has the effect of depriving the owner, in whole or in significant part, of the use or reasonably-to-be-expected economic benefit of property even if not necessarily to the obvious benefit of the host State.

104. By permitting or tolerating the conduct of Guadalcazar in relation to Metalclad which the Tribunal has already held amounts to unfair and inequitable treatment breaching Article 1105 and by thus participating or acquiescing in the denial to Metalclad of the right to operate the landfill, notwithstanding the fact that the project was fully approved and endorsed by the federal government, Mexico must be held to have taken a measure tantamount to expropriation in violation of NAFTA Article 1110(1).

105. The Tribunal holds that the exclusive authority for siting and permitting a hazardous waste landfill resides with the Mexican federal government. This finding is consistent with the testimony of the Secretary of SEMARNAP and, as stated above, is consistent with the express language of the LGEEPA.

106. As determined earlier (see above, para 92), the Municipality denied the local construction permit in part because of the Municipality's perception of the adverse environmental effects of the hazardous waste landfill and the geological unsuitability of the landfill site. In so doing, the Municipality acted outside its authority. As stated above, the Municipality's denial of the construction permit without any basis in the proposed physical construction or any defect in the site, and extended by its subsequent administrative and judicial actions regarding the *Convenio*, effectively and unlawfully prevented the Claimant's operation of the landfill.

107. These measures, taken together with the representations of the Mexican federal government, on which Metalclad relied, and the absence of a timely, orderly or substantive basis for the denial by the Municipality of the local construction permit, amount to an indirect expropriation.

108. The present case resembles in a number of pertinent respects that of *Biloune, et al. v. Ghana Investment Centre, et al.*, 95 I.L.R.183, 207-10 (1993) (Judge Schwebel, President; Wallace and Leigh, Arbitrators). In that case, a private investor was renovating and expanding a resort restaurant in Ghana. As with Metalclad, the investor, basing itself on the representations of a government affiliated entity, began construction before applying for a building permit. As with Metalclad, a stop work order was issued after a substantial amount of work had been completed. The order was based on the absence of a building permit. An application was submitted, but although it was not expressly denied, a permit was never issued. The Tribunal found that an indirect expropriation had taken place because the totality of the circumstances had the effect of causing the irreparable cessation of work on the project. The Tribunal paid particular regard to the investor's justified reliance on the government's representations regarding the permit, the fact that government authorities knew of the construction for more than one year before issuing the stop work order, the fact that permits had not been required for other projects and the fact that no procedure was in place for dealing with building permit applications. Although the decision in *Biloune* does not bind this Tribunal, it is a persuasive authority and the Tribunal is in agreement with its analysis and its conclusion.

109. Although not strictly necessary for its conclusion, the Tribunal also identifies as a further ground for a finding of expropriation the Ecological Decree issued by the Governor of SLP on September 20, 1997. This Decree covers an area of 188,758 hectares within the “Real de Guadalcazar” that includes the landfill site, and created therein an ecological preserve. This Decree had the effect of barring forever the operation of the landfill.

110. The Tribunal is not persuaded by Mexico’s representation to the contrary. The Ninth Article, for instance, forbids any work inconsistent with the Ecological Decree’s management program. The management program is defined by the Fifth Article as one of diagnosing the ecological problems of the cacti reserve and of ensuring its ecological preservation. In addition, the Fourteenth Article of the Decree forbids any conduct that might involve the discharge of polluting agents on the reserve soil, subsoil, running water or water deposits and prohibits the undertaking of any potentially polluting activities. The Fifteenth Article of the Ecological Decree also forbids any activity requiring permits or licenses unless such activity is related to the exploration, extraction or utilization of natural resources.

111. The Tribunal need not decide or consider the motivation or intent of the adoption of the Ecological Decree. Indeed, a finding of expropriation on the basis of the Ecological Decree is not essential to the Tribunal’s finding of a violation of NAFTA Article 1110. However, the Tribunal considers that the implementation of the Ecological Decree would, in and of itself, constitute an act tantamount to expropriation.

112. In conclusion, the Tribunal holds that Mexico has indirectly expropriated Metalclad’s investment without providing compensation to Metalclad for the expropriation. Mexico has violated Article 1110 of the NAFTA.

VIII. QUANTIFICATION OF DAMAGES OR COMPENSATION

A. Basic Elements of Valuation

113. In this instance, the damages arising under NAFTA, Article 1105 and the compensation due under NAFTA, Article 1110 would be the same since both situations involve the complete frustration of the operation of the landfill and negate the possibility of any meaningful return on Metalclad’s investment. In other words, Metalclad has completely lost its investment.

114. Metalclad has proposed two alternative methods for calculating damages: the first is to use a discounted cash flow analysis of future profits to establish the fair market value of the investment (approximately \$90 million); the second is to value Metalclad's actual investment in the landfill (approximately \$20–25 million).

115. Metalclad also seeks an additional \$20–25 million for the negative impact the circumstances are alleged to have had on its other business operations. The Tribunal disallows this additional claim because a variety of factors, not necessarily related to the La Pedrera development, have affected Metalclad's share price. The causal relationship between Mexico's actions and the reduction in value of Metalclad's other business operations are too remote and uncertain to support this claim. This element of damage is, therefore, left aside.

116. Mexico asserts that a discounted cash flow analysis is inappropriate where the expropriated entity is not a going concern. Mexico offers an alternative calculation of fair market value based on COTERIN's "market capitalization". Mexico's "market capitalization" calculations show a loss to Metalclad of \$13-15 million.

117. Mexico also suggests a direct investment value approach to damages. Mexico estimates Metalclad's direct investment value, or loss, to be approximately \$3-4 million.

118. NAFTA, Article 1135(1)(a), provides for the award of monetary damages and applicable interest where a Party is found to have violated a Chapter Eleven provision. With respect to expropriation, NAFTA, Article 1110(2), specifically requires compensation to be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place. This paragraph further states that "the valuation criteria shall include going concern value, asset value including declared tax value of tangible property, and other criteria, as appropriate, to determine fair market value".

119. Normally, the fair market value of a going concern which has a history of profitable operation may be based on an estimate of future profits subject to a discounted cash flow analysis. *Benvenuti and Bonfant Srl v. The Government of the People's Republic of Congo*, 1 ICSID Reports 330; 21 I.L.M. 758; *AGIP SPA v. The Government of the People's Republic of Congo*, 1 ICSID Reports 306; 21 I.L.M. 737.

120. However, where the enterprise has not operated for a sufficiently long time to establish a performance record or where it has failed to make a profit, future profits cannot be used to determine going concern or fair market value. In *Sola Tiles, Inc. v. Iran* (1987) (14 Iran-U.S.C.T.R. 224, 240-42; 83 I.L.R. 460, 480-81), the Iran-U.S. Claims Tribunal pointed to the importance in relation to a company's value of "its business reputation and the relationship it has established with its suppliers and customers". Similarly, in *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 246 (1990) at 292), another ICSID Tribunal observed, in dealing with the comparable problem of the assessment of the value of good will, that its ascertainment "requires the prior presence on the market for at least two or three years, which is the minimum period needed in order to establish continuing business connections".

121. The Tribunal agrees with Mexico that a discounted cash flow analysis is inappropriate in the present case because the landfill was never operative and any award based on future profits would be wholly speculative.

122. Rather, the Tribunal agrees with the parties that fair market value is best arrived at in this case by reference to Metalclad's actual investment in the project. Thus, in *Phelps Dodge Corp. v. Iran* (10 Iran-U.S. C.T.R.

121 (1986)), the Iran-U.S. Claims Tribunal concluded that the value of the expropriated property was the value of claimant's investment in that property. In reaching this conclusion, the Tribunal considered that the property's future profits were so dependent on as yet unobtained preferential treatment from the government that any prediction of them would be entirely speculative. (*Id.* at 132-33). Similarly, in the *Biloune* case (see above), the Tribunal concluded that the value of the expropriated property was the value of the claimant's investment in that property. While the Tribunal recognized the validity of the principle that lost profits should be considered in the valuation of expropriated property, the Tribunal did not award lost profits because the claimants could not provide any realistic estimate of them. In that case, as in the present one, the expropriation occurred when the project was not yet in operation and had yet to generate revenue. (*Biloune*, 95 I.L.R. at 228-229). The award to Metalclad of the cost of its investment in the landfill is consistent with the principles set forth in *Chorzow Factory (Claim for Indemnity) (Merits), Germany v. Poland, P.C.I.J. Series A., No. 17 (1928) at p.47*, namely, that where the state has acted contrary to its obligations, any award to the claimant should, as far as is possible, wipe out all the consequences of the illegal act and reestablish the situation

which would in all probability have existed if that act had not been committed (the *status quo ante*).

123. Metalclad asserts that it invested \$20,474,528.00 in the landfill project, basing its value on its United States Federal Income Tax Returns and Auditors' Workpapers of Capitalized Costs for the Landfill reflected in a table marked Schedule A and produced by Metalclad as response 7(a)A in the course of document discovery. The calculations include landfill costs Metalclad claims to have incurred from 1991 through 1996 for expenses categorized as the COTERIN acquisition, personnel, insurance, travel and living, telephone, accounting and legal, consulting, interest, office, property, plant and equipment, including \$328,167.00 for "other".

124. Mexico challenges the correctness of these calculations on several grounds, of which one is the lack of supporting documentation for each expense item claimed. However, the Tribunal finds that the tax filings of Metalclad, together with the independent audit documents supporting those tax filings, are to be accorded substantial evidential weight and that difficulties in verifying expense items due to incomplete files do not necessarily render the expenses claimed fundamentally erroneous. *See Biloune*, 95 I.L.R. at 223-24.

125. The Tribunal agrees, however, with Mexico's position that costs incurred prior to the year in which Metalclad purchased COTERIN are too far removed from the investment for which damages are claimed. The Tribunal will reduce the Award by the amount of the costs claimed for 1991 and 1992.

B. "Bundling"

126. Some of the subsequent costs claimed by Metalclad involve what has been termed "bundling". "Bundling" is an accounting concept where the expenses related to different projects are aggregated and allocated to another project. Metalclad has claimed as costs related to the development at La Pedrera earlier costs incurred on certain other sites in Mexico. While not taking any decision in principle regarding the concept of bundling as it may be applicable to other situations (for example in the oil industry where the costs in relation to a "dry hole" may in part be allocated to the cost of exploring for and developing a successful well), the Tribunal does not consider it appropriate to apply the concept in the present case. The Tribunal has reduced accordingly the sum payable by the Government of Mexico.

C. Remediation

127. The question remains of the future status of the landfill site, legal title to which at present rests with COTERIN. Clearly, COTERIN's substantive interest in the property will come to an end when it receives payment under this award. COTERIN must, therefore, relinquish as from that moment all claim, title and interest in the site. The fact that the site may require remediation has been borne in mind by the Tribunal and allowance has been made for this in the calculation of the sum payable by the Government of Mexico.

D. Interest

128. The question arises whether any interest is payable on the amount of the compensation. In providing in Article 1135(1) that a Tribunal may award "monetary damages and any applicable interest", NAFTA clearly contemplates the inclusion of interest in an award. On the basis of a review of the authorities, the tribunal in *Asian Agricultural Products v. Sri Lanka* (4 ICSID Reports 245) held that "interest becomes an integral part of the compensation itself, and should run consequently from the date when the State's international responsibility became engaged" (*ibid.* p.294, para. 114). The Tribunal sees no reason to depart from this view. As has been shown above, Mexico's international responsibility is founded upon an accumulation of a number of factors. In the circumstances, the Tribunal considers that of the various possible dates at which it might be possible to fix the engagement of Mexico's responsibility, it is reasonable to select the date on which the Municipality of Guadalcázar wrongly denied Metalclad's application for a construction permit. The Tribunal therefore concludes that interest should be awarded from that date until the date 45 days from that on which this Award is made. So as to restore the Claimant to a reasonable approximation of the position in which it would have been if the wrongful act had not taken place, interest has been calculated at 6% p.a., compounded annually.

E. Recipient

129. As required by NAFTA, Article 1135(2)(b), the award of monetary damages and interest shall be payable to the enterprise. As required by NAFTA, Article 1135(2)(c), the award is made without prejudice to any right that any person may have in the relief under applicable domestic law.

IX. COSTS

130. Both parties seek an award of costs and fees. However, the Tribunal finds that it is equitable in this matter for each party to bear its own costs and fees, as well as half the advance payments made to ICSID.

X. AWARD

131. For the reasons stated above, the Tribunal hereby decides that, reflecting the amount of Metalclad's investment in the project, less the disallowance of expenses claimed for 1991 and 1992, less the amount claimed by way of bundling of certain expenses, and less the estimated amount allowed for remediation, plus interest at the rate of 6% compounded annually, the Respondent shall, within 45 days from the date on which this Award is rendered, pay to Metalclad the amount of \$16,685,000.00. Following such period, interest shall accrue on the unpaid award or any unpaid part thereof at the rate of 6% compounded monthly. Made as at Vancouver, British Columbia, Canada, in English and Spanish. Professor Sir Elihu Lauterpacht, CBE, QC

Date: [August 25, 2000]

Mr Benjamin R. Civiletti Mr José Luis Siqueiros

Date: [August 22, 2000] Date: [August 21, 2000]

บทที่ 5

หลักกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา

5.1 วิวัฒนาการและหลักการเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา

กฎหมายสนธิสัญญาวิวัฒนาการมาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ จากความสัมพันธ์ระหว่างประชาคมระหว่างประเทศ นับตั้งแต่ยุคประวัติศาสตร์เมื่อเริ่มมีการรวมกลุ่มเป็นเผ่าชน อาณาจักร และรัฐ ในสมัยต่อมา กลุ่มคนเหล่านี้มีการติดต่อสัมพันธ์กัน ไปมาหาสู่กันอยู่ตลอดเวลา ทั้งในด้านการค้าขาย วัฒนธรรม ความร่วมมือในด้านต่างๆ ความสัมพันธ์ของมนุษย์มิได้จำกัดในด้านเดียว อาจเป็นทั้งมิตร และศัตรู มีความบาดหมางขัดแย้งกัน แย่งชิงผลประโยชน์ระหว่างกัน จนถึงการต่อสู้รบพุ่ง ชั่งชิงดินแดน อาณาจักรระหว่างกัน และการกลับคืนมามี สัมพันธภาพอันดีระหว่างกัน เป็นปรากฏการณ์ของสังคมมนุษย์มายาวนาน ในบางครั้งก็อาจจะมีการเจรจาตกลงกันกำหนดความผูกพันตามความตกลงในเรื่องต่างๆ โดยยอมรับเงื่อนไข ความผูกพันที่กระทำขึ้นระหว่างกันเพื่อยุติความขัดแย้ง หรือข้อพิพาทกัน หรืออาจจะมีการเจรจาตกลง ผูกพันกันเพื่อความร่วมมืออย่างใดอย่างหนึ่ง แนวทางและวิธีปฏิบัติของกลุ่มคนหรือรัฐเหล่านี้ ได้วิวัฒนาการก่อให้เกิดแนวทางปฏิบัติ และกรอบของหลักการในการตกลงทำสัญญาระหว่างกันกลายเป็นจารีตประเพณีเกี่ยวกับการทำสัญญาระหว่างประเทศ กฎเกณฑ์ หรือหลักการที่ปฏิบัติกันมาช้านานนี้ จัดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law)

ต่อมาในยุคสมัยใหม่ รัฐต่างๆ ได้ตระหนักถึงความจำเป็นในการกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีความแน่นอนเพื่อประมวลรวบรวมทางปฏิบัติเหล่านั้นขึ้นเป็นกฎหมาย คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศขององค์การสหประชาชาติได้จัดทำ²⁸ เป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาขึ้นในปี ค.ศ. 1969²⁹ แม้อนุสัญญานี้จะมีได้รวบรวมจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไป

²⁸ การประมวลหลักการในการทำสนธิสัญญาได้รับการบรรจุเข้าเป็นภารกิจของคณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ สหประชาชาติครั้งแรกในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเดิมที่องค์การสันนิบาตชาติมิได้บรรจุภารกิจดังกล่าวไว้ จนกระทั่ง the Pan-American Conference ได้รับเอาภารกิจนี้ไว้เป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1928 และได้มีการประชุมต่อเนื่อง จนกระทั่งส่งมอบภารกิจต่อให้แก่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวในเวลาต่อมา ร่างอนุสัญญาดังกล่าวได้รับการพิจารณาในสองสมัยการประชุม ที่กรุงเวียนนาใน ปี ค.ศ. 1968 และ 1969 โดยตัวแทนประเทศต่างๆกว่า 100 ประเทศ และได้รับการรับรอง และให้สัตยาบัน โดยมีผลบังคับในปี 1980

²⁹ อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1980 มีประเทศต่างๆเข้าร่วมเป็นภาคีกว่า 90 ประเทศ

ระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาไว้ทั้งหมดก็ตาม แต่ก็เป็สนธิสัญญาที่ได้พยายามรวบรวมหลักกฎหมายว่าด้วยการทำสนธิสัญญาไว้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตามสนธิสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้เป็นหลักกฎหมายที่มีขอบเขตกำหนดไว้เพียงสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐเท่านั้น ไม่รวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน³⁰ และสนธิสัญญานับนี้ไม่มีผลย้อนหลัง³¹ ไปบังคับกับสนธิสัญญาที่กระทำก่อนหน้าที่สนธิสัญญานับนี้จะมีผลบังคับ อนึ่งสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐ ซึ่งเป็นไปตามหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศก็ยังมีผลบังคับในทางระหว่างประเทศ แม้กระทั่งสนธิสัญญาที่กระทำด้วยวาจาก็มีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ³² ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่กระทำด้วยวาจาคือความตกลงระหว่างเดนมาร์ก และ ฟินแลนด์ เกี่ยวกับการสร้างสะพานข้าม the Store Belt (Great Belt) ซึ่งยุติความขัดแย้งระหว่างกันในปี 1992 โดยการเจรจาทางโทรศัพท์ ระหว่างนายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศ โดยฝ่ายเดนมาร์กยอมจ่ายเงินให้แก่ฟินแลนด์แลกกับการที่ฟินแลนด์ยอมถอนฟ้องเดนมาร์กในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ความตกลงดังกล่าวไม่มีการบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด³³ เช่นเดียวกับสหรัฐอเมริกาพยายามที่จะสนับสนุนการทำความตกลงด้วยวาจาแทนการทำความตกลงเป็นลายลักษณ์อักษรในกรณีที่สหรัฐประสงค์ให้เป็นความตกลงลับ หรือที่มีเหตุผลพิเศษ³⁴ ความตกลง หรือสนธิสัญญาเหล่านี้ไม่อยู่ในบังคับของสนธิสัญญากรุงเวียนนาแต่ขอให้เข้าใจว่าสนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับตามกฎหมายทุกประการตามมาตรา 3 (a) ของสนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั่นเอง

เพื่อที่จะเข้าใจหลักกฎหมายสนธิสัญญา จำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจหลักการเบื้องต้นเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างหลักการแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดอำนาจอธิปไตยบางส่วนของรัฐ ในที่นี้จะกล่าวถึงเรื่องหลักแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักการพื้นฐานอื่นๆที่สำคัญในการทำสนธิสัญญา เช่นหลักการกระทำโดยสุจริต (*Good Faith* หรือ *Bona fide* ในภาษาละติน) หลักการแสดงเจตนา หรือการให้เจตจำนงโดยอิสระ หรือ

³⁰ ในปี 1986 ได้มีการเตรียมร่างสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาในส่วนที่ใช้บังคับกับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน ซึ่งหลักการที่สำคัญมีความคล้ายคลึงกับหลักการที่ใช้บังคับกับการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐ อย่างไรก็ตามสนธิสัญญานับนี้ยังไม่มีผลบังคับ แม้ในเวลาต่อมา

³¹ มาตรา 4 สนธิสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 อย่างไรก็ตามเป็นที่ยอมรับกันว่าสนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 มีผลบังคับโดยทางปฏิบัติกับสนธิสัญญาดังกล่าว (It is de facto applied to those treaties) ทั้งนี้เนื่องจากสนธิสัญญากรุงเวียนนาได้รวบรวมหลักจารีตประเพณีระหว่างประเทศในการทำสนธิสัญญามาประมวลไว้ในสนธิสัญญาดังกล่าวจึงเห็นได้ว่าสนธิสัญญาที่ทำก่อนหน้าที่สนธิสัญญากรุงเวียนนามีผลบังคับก็ย่อมได้รับการปฏิบัติตามหลักจารีตประเพณีอันเดียวกันนั่นเอง

³² มาตรา 3 (a) ซึ่งบัญญัติไว้ความว่า สนธิสัญญากรุงเวียนนาไม่บังคับกับสนธิสัญญาที่ไม่ได้กระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรแต่หาได้กระทำการถึงผลบังคับตามกฎหมายของสนธิสัญญาดังกล่าวไม่

³³ *Finch Yearbook of International Law* (1992), pp. 610-13, and *ILM* (1993), p. 103.

³⁴ *Aust, Anthony (2000) Modern Treaty Law and Practice. Cambridge: Cambridge University Press.* pp.32-33.

การแสดงเจตนาโดยสมัครใจ (*Free Consent*) เป็นหลักการที่สำคัญอย่างยิ่งในการทำสนธิสัญญา นอกจากนั้นยังมีหลักการที่สำคัญยิ่งอื่นๆที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ เช่นหลัก *pacta sunt servanda* (a treaty is binding upon the parties) ซึ่งเป็นหลักการที่เก่าแก่ตามกฎหมาย โรมัน (Roman Law) หรือหลักการในการตีความ และการปรับใช้สนธิสัญญาในส่วนของการมีผลบังคับหรือการสิ้นสุด บังคับตามหลักเกณฑ์ *omnia conventio intelligitur rebus sic stantibus* หรือ viz the *clausula rebus sic stantibus* ซึ่งหมายความว่าเมื่อมีสถานการณ์ที่สำคัญยิ่งอันเป็นรากฐานของสนธิสัญญาได้เปลี่ยนแปลง ไปย่อมกระทบต่อความมีผลบังคับของสนธิสัญญา (according to which a fundamental change of circumstances jeopardizes the validity of treaties) หรือหลักการที่ว่าด้วยการคงไว้ซึ่งความมีผลบังคับ ของสนธิสัญญาดีกว่าการทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดไปในกรณีที่เป็นที่สงสัย *favor contractus* (it is better to seek the maintenance rather than the termination of a treaty) หลักการดังกล่าวข้างต้น เป็นหลักการที่สนับสนุนซึ่งกันและกัน ในการทำ การใช้ การตีความ และบังคับการตามสนธิสัญญา ใน หัวข้อต่อไปจะเป็นการอธิบายถึงหลักการที่สำคัญเหล่านี้

1. หลักการแห่งอำนาจอธิปไตยกับความตกลงระหว่างประเทศ

ประชาคมระหว่างประเทศประกอบด้วยรัฐ ซึ่งเป็น “บุคคล” ระหว่างประเทศ มีความเสมอภาค เท่าเทียมกัน มีอำนาจอธิปไตย ไม่อยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของใคร รัฐทุกรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้ กฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นรัฐเล็ก หรือรัฐใหญ่ก็ตาม ดังนั้นทุกๆรัฐต้องเคารพในอำนาจอธิปไตยซึ่งกันและกัน ไม่แทรกแซงกัน รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการสร้างกฎหมาย บังคับใช้กฎหมาย ภายในรัฐ สามารถล้มเลิกและแก้ไขกฎหมายได้ เพราะรัฐเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยก็ย่อมสามารถใช้ อำนาจ หน้าที่ของตน ภายในขอบเขตของรัฐโดยปราศจากข้อจำกัด และย่อมไม่ถูกจำกัด จากการ ดำเนินการภายนอกด้วย แต่การยึดถือหลักอธิปไตยโดยเคร่งครัดนี้ย่อมเป็นอุปสรรคต่อการดำเนิน ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เพราะรัฐย่อมไม่ถูกผูกพัน หรือยอมต่อข้อผูกพันในการปฏิบัติตามพันธกิจ กรณีใดๆหากรัฐไม่พึงประสงค์ แต่ในทางปฏิบัติข้อตกลงระหว่างประเทศย่อมต้องได้รับการปฏิบัติตามจึง จะบังเกิดผลให้ความตกลงใดๆในทางระหว่างประเทศเป็นราก ฐานก่อเกิดการปฏิสัมพันธ์ระหว่างกันได้ โดยราบรื่น ดังนั้นรัฐต่างๆที่ประสงค์จะทำความตกลงระหว่างกันในประชาคมระหว่างประเทศ จึง จำเป็นต้องจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเอง (Auto Limitation) กล่าวคืออำนาจอธิปไตยของรัฐยังคง สมบูรณ์ เว้นแต่กรณีที่รัฐตกลงให้มีการจำกัดอำนาจอธิปไตยลงบางส่วน เพื่อยอมผูกพันตนต่อพันธะ กรณีระหว่างประเทศตามที่รัฐได้เข้าร่วมตกลงไว้ตามสนธิสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศใน รูปแบบต่างๆ โดยยอมรับกฎเกณฑ์บางประการที่จำกัดเสรีภาพของตน หลักสนธิสัญญามาจากหลักการ เก่าแก่ตามกฎหมายโรมัน ว่าด้วยหลัก *pacta sunt servanda* ที่ว่า “สัญญาย่อมผูกพัน” ดังนั้นสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศย่อมต้องได้รับการเคารพและถือปฏิบัติ โดยรัฐจากการลดอำนาจอธิปไตยของตนดังกล่าว

2. หลัก การกระทำโดยสุจริต **Good faith** และหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยสมัครใจ **Free consent**

หลักการกระทำโดยสุจริต และการแสดงเจตจำนงโดยสมัครใจเป็นหัวใจที่สำคัญยิ่งของหลักการทำสนธิสัญญา และเป็นหลักการพื้นฐานในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับการยอมรับเป็นหลักการสำคัญในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา³⁵ หากรัฐมิได้ปฏิบัติโดยสุจริตแล้ว สันติภาพ และความมั่นคงระหว่างประเทศย่อมไม่อาจจะบังเกิดขึ้นได้ และเป้าหมายหลักที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติว่าด้วยการดำรงไว้ซึ่งสันติภาพในประชาคมโลกย่อมถูกทำลายไป หลักการดังกล่าวได้รับการบรรจุในอนุสัญญากรุงเวียนนา หลายมาตราด้วยกันเช่น มาตรา 26³⁶ และ มาตรา 31 (1)³⁷ เป็นต้น หลักการปฏิบัติโดยสุจริตนี้ย่อมต้องควบคู่กับความเป็นธรรม ความสมเหตุสมผล ความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ความซื่อตรง ความครบถ้วนสมบูรณ์ ดังคำกล่าวที่ว่า “good faith requires fairness, reasonableness, integrity and honesty in international behavior” นอกจากนั้นในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ยังบัญญัติรับหลักการปฏิบัติโดยสุจริตในมาตราต่าง ๆ อีก เช่น มาตรา 46 (1), (2)³⁸ ในมาตราดังกล่าวบัญญัติเกี่ยวกับการที่รัฐใดรัฐหนึ่งจะกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ว่า การแสดงเจตนาเข้าสู่ผูกพันสนธิสัญญาของรัฐนั้นขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายภายในว่าด้วยเรื่องความสามารถในการทำสนธิสัญญา เพื่อที่จะไม่ ผูกพันตามสนธิสัญญาที่ได้กระทำไว้แล้วไม่ได้ เว้นแต่การกระทำที่ขัดต่อกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นที่เปิดเผย และเห็นแจ้งประจักษ์ และเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายภายในที่สำคัญอย่างยิ่ง การที่จะพิจารณาว่ารัฐนั้นได้กระทำอย่างเปิดเผยและเป็นที่เห็นแจ้งประจักษ์ต่อรัฐอื่น ในการปฏิบัติที่ขัดต่อกฎหมายภายในนั้น ให้พิจารณาจากทางปฏิบัติอันเป็นปกติและโดยสุจริตของรัฐดังกล่าว นอกจากนี้ หลักปฏิบัติโดยสุจริตยังปรากฏในมาตรา 69(2)(b)³⁹ กล่าวคือการกระทำโดยสุจริตของรัฐก่อนที่จะมีการกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ใดๆ ของสนธิสัญญา ไม่ทำให้การกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

³⁵ ปรากฏในอารัมภบทของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า “Noting that the Principles of free consent and of good faith and the pacta sunt servanda rule are universally recognized”

³⁶ Article 26 Pacta sunt servanda: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”

³⁷ Article 31 (1) A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

³⁸ Article 46 (2): A violation is manifest if it would be objectively evident to any state conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

³⁹ Article 69(2)(b): acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

หลัก การแสดงเจตจำนงโดยสมัครใจ เป็นหลักการที่สำคัญในทางระหว่างประเทศและได้รับการบัญญัติรับรองในอนุสัญญากรุงเวียนนาเช่นกัน หลักการนี้เป็นพื้นฐานของการป้องกันมิให้มีการข่มขู่ บังคับ และ การใช้กำลังบีบบังคับให้รัฐตกลงทำสนธิสัญญาโดยไม่สมัครใจ แต่ในทางตรงกันข้าม แม้ในกรณีที่รัฐไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตหากรัฐดังกล่าวสมัครใจที่จะทำสนธิสัญญา ผู้กั้นระหว่างกันก็ย่อมจะกระทำได้⁴⁰

โดยหลักการดังกล่าวสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นจึงผูกพันเฉพาะระหว่างคู่ภาคีของสนธิสัญญา ผลของสนธิสัญญาจึงไม่ก่อให้เกิดพันธกรณี หรือสิทธิต่อรัฐที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของรัฐดังกล่าว ตามหลักการที่ว่า *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*⁴¹ หลัก Free consent นี้จะได้รับการยกเว้นก็แต่ในกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 22 (1) ซึ่งเป็นหลักของการชำระไว้ซึ่งความมีผลบังคับของสนธิสัญญาตามหลัก *favor contractus* ที่กล่าวมาแล้ว มาตรา 22 ว่าด้วยเรื่องการเพิกถอนข้อสงวนที่ว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นประการอื่น การเพิกถอนข้อสงวนอาจจะกระทำได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง โดยไม่จำเป็นต้องได้รับการยินยอมจากรัฐภาคีที่ได้ยอมรับข้อสงวนดังกล่าว”⁴² นอกจากนั้นหลักการยอมรับโดยสมัครใจนี้ ยังสะท้อนให้เห็นถึงการปรับใช้กับกรณีการมีผลบังคับของสนธิสัญญาที่กระทำต่างวาระกันตามหลัก *lex posterior derogat legi priori* ตามหลักการดังกล่าวสนธิสัญญาที่กระทำภายหลังย่อมมีผลบังคับเหนือสนธิสัญญาที่กระทำมาก่อนในเรื่องเดียวกัน หรือสนธิสัญญาที่กระทำภายหลังย่อมลบล้างสนธิสัญญาเรื่องเดียวกันที่กระทำมาก่อน เช่นเดียวกับกฎหมายที่ออกภายหลังย่อมลบล้างกฎหมายที่มีมาก่อนในเรื่องเดียวกันนั่นเอง⁴³ หลักการนี้ยังใช้กับกรณีการแก้ไขสนธิสัญญาด้วย

หลัก Free consent ทำให้รัฐภาคีผูกพันตนต่อสนธิสัญญาที่กระทำเฉพาะภายหลังจากที่ได้แสดงเจตจำนงเข้าผูกพันสนธิสัญญานั้นโดยสมัครใจแล้ว และผลความผูกพันนั้นครอบคลุมตลอดทั้งอาณาจักร

⁴⁰ Article 74 “The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more states does not prevent the conclusion of treaties between those states. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

⁴¹ Article 34 General rule regarding third states: A treaty does not create either obligations or rights for a third state without its consent.

⁴² Article 22 Withdrawal of reservations and of objections to reservations (1) Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a state which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

⁴³ Article 30 para 3 When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.

หรือเขตแดนภายใต้ขอบเขตอธิปไตยของรัฐนั้นๆ เว้นแต่จะได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาเป็นประการอื่น⁴⁴

3. หลักสัญญาย่อมผูกพัน *pacta sunt servanda* หรือสนธิสัญญา

ย่อมได้รับการเคารพ และปฏิบัติตาม

นอกจากหลักการปฏิบัติโดยสุจริต หลักการแสดงเจตนาโดยสมัครใจ แล้วหลักสัญญาย่อมผูกพันได้รับการรับรองในอนุสัญญากรุงเวียนนาในบทนำ วรรค 3 และยังปรากฏในมาตรา 26 และมาตรา 27⁴⁵ ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ว่า รัฐไม่อาจจะกล่าวอ้างบทบัญญัติของกฎหมายภายในเพื่อเป็นข้ออ้าง หรือเหตุผลในการที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญา ย่อมแสดงให้เห็นโดยชัดแจ้งว่าโดยหลักการแล้วหากรัฐเข้าผูกพันตนที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา ผลของสนธิสัญญานั้นย่อมผูกพันรัฐนั้น จะกล่าวอ้างเหตุอื่นใดเพื่อที่จะไม่ปฏิบัติตามผลของสนธิสนธิสัญญาย่อมไม่ได้ *pacta sunt servanda* เป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่ง ซึ่งนับว่าสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หลัก *pacta sunt servanda* นี้จะถูกจำกัดเฉพาะในกรณีที่มีหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป ที่สำคัญยิ่งเกิดขึ้นใหม่ลบล้างหลักกฎหมายเดิม ความผูกพันตามสนธิสัญญา (ที่จะต้องเคารพตามหลัก *pacta sunt servanda* นี้) ซึ่งไปขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปที่เกิดขึ้นใหม่ สนธิสัญญานี้ย่อมสิ้นผล ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 64⁴⁶

สำหรับหลัก *rebus sic stantibus*, หลัก *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* และ หลัก *favor contractus* ซึ่งก็เป็นหลักสำคัญเช่นกันจะอธิบายภายหลังเมื่อมีสาระที่สำคัญเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว เช่น การสิ้นสุดของสัญญา การตีความ การบังคับตามสนธิสัญญา เป็นต้น

⁴⁴ Article 28 and 29, Art. 28 บัญญัติไว้ว่า “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to the party. Art. 29 บัญญัติไว้ว่า “Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

⁴⁵ Article 27 A party may not invoke the provision of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

⁴⁶ Article 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens): If a new Peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

5.2 ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969

ขอบเขตของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้กำหนด และวางหลักเกณฑ์เป็นกฎหมายใช้สำหรับการจัดทำ และ ขั้นตอนต่าง ๆ ในการทำสนธิสัญญา รวมทั้งการมีผลบังคับ การสิ้นผลบังคับ หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามอนุสัญญานับดังกล่าวไม่ได้ครอบคลุมถึง หรือปรับใช้กับสนธิสัญญาทุกฉบับ แต่จำกัดเพียงสนธิสัญญาที่ทำระหว่างรัฐเท่านั้น (มาตรา 1⁴⁷) อนุสัญญากรุงเวียนนามิได้ใช้บังคับกับสนธิสัญญาที่ทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือสนธิสัญญาที่ทำระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกันดังกล่าวมาแล้ว ยิ่งกว่านั้นอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ก็ไม่ได้ก้าวล่วงไปกำหนดในส่วนเนื้อหาสาระของตัวสนธิสัญญาที่รัฐกระทำระหว่างกัน คงให้เป็นไปตามแต่เจตจำนงของภาคีของสนธิสัญญาจะตกลงกัน สำหรับตัวอนุสัญญากรุงเวียนนาดังกล่าวก็มีได้เป็นการประมวลและประกาศหลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดทั้งปวงที่ว่าด้วยการทำสนธิสัญญา ซึ่งอนุสัญญานับนี้ก็มีได้มีขอบเขตวัตถุประสงค์ดังกล่าวด้วย⁴⁸ ดังจะศึกษาได้จากอารัมภบท ที่กล่าวถึงเหตุผล ที่มา และวัตถุประสงค์ ตลอดจนขอบเขตของอนุสัญญานับนี้ ยิ่งกว่านั้นในมาตราต่างๆของอนุสัญญากรุงเวียนนาหลายแห่งได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในกรณีการทำสนธิสัญญานั้นหากเกี่ยวข้องกับ หลักกฎหมายที่ยังคงมีวิวัฒนาการ หรือ ความก้าวหน้าของกฎหมาย ก็สามารถที่จะกำหนดให้เป็นไปตามวิวัฒนาการเหล่านั้น ในบทนำของอนุสัญญากรุงเวียนนายังคงยืนยันหลักการในการปรับหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาจะสามารถปรับใช้ได้⁴⁹ แต่โดยเหตุที่รัฐต่างๆได้พิจารณาถึงบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งของสนธิสัญญาในประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประชาคมระหว่างประเทศ และเป็นที่ยอมรับใน ความสำคัญของสนธิสัญญาว่าเป็นบ่อเกิด และที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ อีกทั้งเป็นครรลองในการพัฒนาความร่วมมือโดยสันติวิธีระหว่างรัฐต่างๆในประชาคมโลก ไม่ว่ารัฐเหล่านั้นจะมีระบบสังคม การเมือง การปกครอง และรัฐธรรมนูญอย่างไรก็ตาม โดยหลักการแล้วเป็นที่ยอมรับกันเป็นสากลในหลักเรื่องเจตจำนงเสรี หลักสุจริต และหลักสัญญาต้องผูกพัน รัฐทั้งปวงต่างยืนยันร่วมกันว่าความขัดแย้งอันเกิดจากสนธิสัญญาเช่นเดียวกับความขัดแย้งระหว่างประเทศอื่นๆ ควรจะได้รับการยุติโดยสันติวิธีและเป็นไปตามหลักนิติธรรมตามกฎหมายระหว่างประเทศ ประชาคมระหว่างประเทศต่างรำลึกถึงเจตจำนงของรัฐต่างๆที่จะสถาปนา และธำรงไว้ซึ่งความผูกพัน และเคารพต่อพันธะกรณีที่เกิดขึ้นตามสนธิสัญญา และเคารพในหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ประมวลขึ้นเป็นหลักการในกฎบัตร

⁴⁷ Article 1 Scope of the present Convention, The present Convention applies to treaties between States.

⁴⁸ Brownlie, Ian (1995) *Principles of Public International Law* Fourth edition. Oxford: Oxford University Press. p. 604.

⁴⁹ Preamble: Affirming that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention.

สหประชาชาติ เช่นการเคารพในสิทธิเสมอภาค และเสรีภาพในการเลือกของมวลมนุษยชาติ เคารพในอำนาจอธิปไตยและเอกราชของรัฐทั้งปวง การไม่แทรกแซงซึ่งกันและกันในกิจการภายในรัฐ การห้ามการใช้กำลัง การเคารพในสิทธิมนุษยชนตลอดจนเสรีภาพของมวลมนุษย์ และโดยความเชื่อมั่นว่าพัฒนาการของกฎหมายสนธิสัญญาซึ่งได้ประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้จะส่งเสริมพัฒนา ให้ความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในสหประชาชาติบรรลุเป้าหมาย กล่าวคือการสถาปนาสันติภาพ และเสถียรภาพระหว่างประเทศ การพัฒนาความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างรัฐต่าง ๆ จึงได้ตกลงร่วมกันประมวลหลักการ และแนวทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นอนุสัญญาฉบับดังกล่าว โดยยังคงเคารพในหลักกฎหมายอันเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศให้บังคับใช้กับสนธิสัญญา ตลอดจนปัญหาต่าง ๆ ที่ไม่ได้กำหนดในอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 นี้ จากอารัมภบทดังกล่าวพอจะสรุปโดยสังเขปได้ว่า “ภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้พิจารณาเห็นความสำคัญของสนธิสัญญาทั้งจากประวัติศาสตร์ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และได้เห็นถึงความสำคัญของสนธิสัญญาที่มีบทบาทมากขึ้นในยุคปัจจุบันในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นกรอบในการพัฒนาความร่วมมือสันติภาพระหว่างประชาชาติทั้งปวงไม่ว่าจะอยู่ในระบอบการปกครองและการเมืองใดก็ตาม และตระหนักว่าในการทำสนธิสัญญานั้นหลักการพื้นฐานที่สำคัญในเรื่องหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา Free consent หลักการกระทำโดยสุจริต Good faith และหลัก สัญญาต้องผูกพัน Pacta sunt servanda นั้นเป็นหลักการที่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป นอกจากนั้นยังเป็นที่ตกลง ยืนยันร่วมกันถึงวิธีการยุติข้อพิพาท หรือการตีความสนธิสัญญา โดยสันติวิธีและเป็นไปตามหลักแห่งความยุติธรรม และกฎหมายระหว่างประเทศ และตระหนักร่วมกันถึงเจตจำนงแห่งสมาชิกของสหประชาชาติในอันที่จะดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรม และพันธกิจที่จะปฏิบัติตามผลของสนธิสัญญา ภาคีสมาชิกได้คำนึงถึงหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการประมวลไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ เช่น หลักแห่งความเสมอภาค หลักการเคารพต่อเสรีภาพในการเลือกโดยเสรี และตัดสินใจด้วยตนเอง ความเสมอภาค และเท่าเทียมกันแห่งรัฐ ความเป็นอิสระของรัฐที่จะไม่ขึ้นอยู่ใคร หลักการไม่แทรกแซงในกิจการภายในของรัฐอื่น หลักการห้ามการใช้กำลัง หลักการเคารพซึ่งกันและกัน หลักการเคารพในสิทธิมนุษยชน และหลักเสรีภาพของมวลมนุษยชาติ และด้วยความเชื่อมั่นว่าวิวัฒนาการตลอดจน หลักเกณฑ์ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาดังที่ได้ประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาี้จะมีส่วนช่วยให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎบัตรสหประชาชาติในการรักษาสันติภาพและความมั่นคง ตลอดจนพัฒนาการในบูรณาการความสัมพันธ์ฉันมิตร และความร่วมมือระหว่างประเทศ ภาคีสมาชิกได้ตกลงรับเอาหลักการตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศว่ายังคงนำมาปรับใช้ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้”

นับตั้งแต่ประวัติศาสตร์อันยาวนาน ที่สนธิสัญญา ความตกลงระหว่างรัฐมักจะกระทำกันโดยมีการจารึกเป็นลายลักษณ์อักษร นับเป็นตราสารที่มีความสำคัญในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และใน

ส่วนของจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็มีวิวัฒนาการให้มีความแน่นอนชัดเจนยิ่งขึ้น และด้วยความสำคัญของสนธิสัญญา และจารีตประเพณีระหว่างประเทศเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญานี้เองที่คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศให้ความสนใจที่จะจัดทำประมวลเป็นอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าว⁵⁰ ในปี 1966 คณะกรรมการก็ได้รับรองร่างของอนุสัญญานับนี้ซึ่งได้บรรจุร่างบทบัญญัติของอนุสัญญา ตลอดจนบันทึกความเห็นเกี่ยวกับข้อบทต่าง ๆ ดังกล่าว⁵¹ และร่างข้อบทเหล่านี้ได้กลายเป็นร่างที่เสนอต่อที่ประชุมซึ่งประกอบไปด้วยสมาชิกประเทศต่าง ๆ กว่า 100 ประเทศที่เข้าร่วมประชุมกัน ณ กรุงเวียนนา ในปี 1968 และ 1969 ในที่สุดได้มีการรับรองอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ฉบับนี้ และอนุสัญญานับนี้มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 27 มกราคม 1980

ต่อมาในปี 1986 ได้มีการทำอนุสัญญา ณ กรุงเวียนนาอีกฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบจัดทำ ของคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศเช่นกัน⁵² เป็นอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน⁵³ อนุสัญญานับนี้มีผลอย่างกว้างขวางในการปรับใช้กับสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือ ระหว่างองค์การระหว่างประเทศดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับบทนิยาม ความหมายของสนธิสัญญา กล่าวคือเพื่อพิจารณาว่า ตราสารใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ มีกรอบ ระเบียบวิธีการกระทำสนธิสัญญาอย่างไร ในทำนองเดียวกับที่อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญามีผลบังคับต่อสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐ แต่ในระหว่างที่อนุสัญญากรุงเวียนนาปี 1986 ยังไม่ได้บังคับใช้ อนุสัญญาปี 1969 ก็เป็นหลักกฎหมายที่บังคับใช้โดยทั่วไปกับการทำสนธิสัญญา นับได้ว่าเป็นหลักกฎหมายพื้นฐานสำหรับการทำสนธิสัญญา

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ เป็นส่วนสำคัญของกฎหมายสนธิสัญญา แต่กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศในส่วนที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในอนุสัญญาก็ยังคงใช้ได้อยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งยังบังคับใช้กับสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่ไม่ได้อยู่ภายในขอบข่ายของอนุสัญญานับนี้ หรือสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐก่อนที่จะมีการทำสนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ ตลอดจนยังบังคับใช้กับสนธิสัญญาที่

⁵⁰ ในปี 1949 คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติได้รับเอากฎหมายสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งในรายการที่จะจัดทำเป็นประมวลกฎหมาย เนื่องจากเดิมทีคณะกรรมการของสันนิบาตชาติ ซึ่งก่อตั้งขึ้นในปี 1924 ไม่ได้รวมเอากฎหมายสนธิสัญญาไว้ในรายการที่จะจัดทำเป็นประมวลด้วย จนกระทั่งในปี 1928 ซึ่ง ที่ประชุม Pan-American Conference ได้ตกลงที่จะให้มีการประมวล และจัดทำอนุสัญญาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาขึ้น

⁵¹ YBILC (1966), ii pp. 173-274. The commentaries are an invaluable source of reference. บันทึกความเห็นดังกล่าวมีคุณค่าอย่างยิ่งในฐานะที่เป็นแหล่งอ้างอิงศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งสำนักเลขาธิการสหประชาชาติได้จัดทำคู่มือในการศึกษาร่างข้อบทเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งรับรองโดยคณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศ ในการประชุมครั้งที่ 18 (1966).

⁵² YBILC (1982), ii, pt 2, pp 9-77.

⁵³ ILM, 25 (1986), p. 543.

กระทำโดยรัฐที่ไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญากรุงเวียนนาด้วย นอกจากนั้น ยังเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาสะท้อนให้เห็นถึงจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ยังมีผลบังคับซึ่งนอกเหนือจากจารีตประเพณีที่ได้รับการประมวลลงในอนุสัญญาแล้ว และมีสภาพบังคับทางกฎหมายควบคู่ไปกับอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นเอง ดังนั้นจึงเห็นได้ว่านอกจากที่กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศก็ยังคงใช้ได้อยู่ รวมทั้งในกรณีที่อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติบทนิยามของคำว่าสนธิสัญญาไว้นั้น ไม่ได้ทำให้สนธิสัญญาใดที่มีผลบังคับเป็นสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศสิ้นสภาพไปหากไม่ได้เป็นไปตามบทนิยามนั้นๆ ดังจะได้อธิบายต่อไปนี้

5.3 คำนิยามของสนธิสัญญา

คำว่า สนธิสัญญา หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นทั้งความหมายเฉพาะ ซึ่งหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศ ที่มีชื่อเรียกว่า “สนธิสัญญา” หรือ “Treaty” กับ ความหมายอย่างกว้างที่หมายถึงความตกลงระหว่างประเทศในลักษณะต่างๆ และมีชื่อที่เรียกต่าง ๆ กัน อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ให้คำนิยามของสนธิสัญญาในมาตรา 2 (1) (a) ความว่า สนธิสัญญาหมายถึงความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษร และอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะกระทำขึ้นเป็นตราสารฉบับเดียว หรือสองฉบับ หรือ หลายฉบับที่มีความเกี่ยวเนื่อง สัมพันธ์กัน และไม่ว่าจะมีชื่อเฉพาะเรียกว่าอะไรก็ตาม in written form and governed by international law, whether embodied in a single

Art. 2(1)(a) “treaty means an international agreement concluded between States instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”⁵⁴

จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นเห็นได้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 จำกัด คำนิยาม สนธิสัญญา เฉพาะสนธิสัญญา ที่กระทำระหว่างรัฐเท่านั้นไม่ได้หมายรวมถึงสนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ หรือระหว่างองค์การระหว่างประเทศด้วยกัน หรือระหว่างองค์การพหุอื่นๆ และไม่ครอบคลุมถึงความตกลงที่ได้กระทำเป็นลายลักษณ์อักษร จากบทนิยามดังกล่าวสามารถจำแนกองค์ประกอบของสนธิสัญญาได้ดังนี้

1. สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่าย หรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป
2. สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ

⁵⁴ มาตรา 2(1)(a) อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา Brownlie, Ian (1995) *Basic Documents in International Law* fourth edition, Oxford: Oxford University Press. P. 390.

3. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและกฏพันธะทางกฎหมาย
4. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสารฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน

1. สนธิสัญญาเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ที่กระทำระหว่างคู่ภาคีสองฝ่ายหรือมากกว่าสองฝ่ายขึ้นไป

หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปไม่ได้วางหลักว่าสนธิสัญญาต้องเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป ดังนั้นมาตรา 3 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ดังกล่าวมาแล้วจึงมิได้ปฏิเสธผลบังคับใช้ของความตกลงระหว่างประเทศที่ตกลงด้วยวาจา แม้ว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาจะไม่ถือว่าความตกลงที่มีได้เป็นลายลักษณ์อักษรเป็นสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามความตกลงระหว่างประเทศที่เป็นวาจาที่ยึดถือปฏิบัติตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนี้มีอยู่ไม่มากนัก ซึ่งอาจจะเป็นความตกลงด้วยวาจาสองฝ่ายหรือคำแถลงฝ่ายเดียวก็ได้ ย่อมมีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ทางปฏิบัติสมัยใหม่ที่เทคโนโลยีก้าวหน้าไปไกลสนธิสัญญาอาจจะกระทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยรูปแบบที่ทันสมัยเช่น การตกลงเจรจาทาง สื่ออิเล็กทรอนิกส์ หรือจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (e-mail) หรือการส่งข้อความการตกลงทางโทรเลข แฟกซ์ เทเลกซ์ หรือแม้กระทั่งการบันทึกข้อความการตกลงใน แผ่นดิสก์ แล้วนำมาพิมพ์เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ กรณีทั้งหลายล้วนแต่กระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายเพียงแต่ขอให้มีการลงนามโดยชอบเท่านั้น แม้แต่การลงนามที่กระทำโดยวิธีอิเล็กทรอนิกส์ (Electronic signature) หรือกระทำโดย Smart Card เช่นกรณีประธานาธิบดีคลินตันทำความตกลง (Communique on electronic commerce) กับนายกรัฐมนตรี Ahern แห่ง Irish โดยสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ซึ่งมีผลบังคับสมบูรณ์ในฐานะสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ⁵⁵ อนึ่ง มาตรา 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติระบุให้มีการจดทะเบียนสนธิสัญญาโดยสำนักเลขาธิการใหญ่สหประชาชาติ ดังนั้นความตกลงด้วยวาจานี้จึงไม่ถูกรับรองเป็นสนธิสัญญาในบทบัญญัติดังกล่าว แต่ขอให้ระลึกว่าไม่กระทบถึงผลบังคับทางกฎหมายของความตกลงดังกล่าว

2. สนธิสัญญาต้องกระทำโดยคู่ภาคีซึ่งเป็นรัฐ

เดิมทีคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศมุ่งให้ครอบคลุมสนธิสัญญาที่กระทำโดยภาคีที่เป็นบุคคลระหว่างประเทศ ซึ่งหมายถึงรัฐ และ องค์การระหว่างประเทศด้วย แต่ในท้ายที่สุดก็จำกัด

⁵⁵ Aust, Anthony (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. p. 16. ดู Section 5 of the UK Arbitration Act 1996 (ILM (1997), p.165.

ขอบเขตเฉพาะสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น โดยเหตุผลหลักๆ 3 ประการ คือ แนวทางปฏิบัติของรัฐและองค์การระหว่างประเทศมีความแตกต่างกันมาก การประมวลกฎหมายเกณฑ์ที่แตกต่างเข้าด้วยกันย่อมกระทำได้ยากและอาจจะทำให้ต้องกำหนดกรอบอย่างกว้างๆ จนอาจขาดความแน่นอนชัดเจน และรัดกุม ซึ่งไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการประมวลหลักกฎหมายสนธิสัญญาเพื่อความแน่นอน รัดกุม ประการที่สอง แนวทางปฏิบัติขององค์การระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญายังไม่ชัดเจนพอที่จะจัดทำเป็นประมวลในขณะที่จัดทำอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ได้ และประการที่สาม บางรัฐยังไม่ยอมรับว่าองค์การระหว่างประเทศควรมีสหิทธิ และหน้าที่ในประชาคมระหว่างประเทศมากนัก เพราะยังถูกจำกัดโดยอำนาจหน้าที่ขององค์การระหว่างประเทศ และความสามารถขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งได้รับมอบจากรัฐตามธรรมนูญก่อตั้งอีกทีหนึ่ง

มีข้อนำพิจารณาประการหนึ่งเกี่ยวกับการทำความเข้าใจความตกลงระหว่างรัฐกับองค์กรธุรกิจเอกชนว่า ความตกลงดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาหรือไม่นั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินไว้ในคดี *Anglo-Iranian Oil Company*⁵⁶ ระหว่างอังกฤษกับอิหร่านว่าข้อตกลงการให้สัมปทานน้ำมันของรัฐแก่บริษัทเอกชนต่างประเทศนั้นไม่ใช่สนธิสัญญา ทั้งนี้เพราะรัฐบาล หรือประเทศที่บริษัทเอกชนสังกัดอยู่มิใช่คู่สัญญา หรือภาคีของความตกลงดังกล่าว แม้ในบางกรณีความตกลงระหว่างรัฐกับเอกชนได้ระบุไว้ว่าการตีความข้อตกลงที่กระทำขึ้นนั้นให้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ตาม ก็ทำให้ข้อตกลงดังกล่าวมีฐานะเป็นสนธิสัญญาแต่ประการใดไม่⁵⁷

3. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศและก้อพันธะทางกฎหมาย

ความหมายของสนธิสัญญาที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศนั้นหมายความว่า รวมถึงการมีเจตนารมณ์ ที่จะก่อให้เกิดพันธกรณีที่บังคับได้ตามกฎหมายระหว่างประเทศ การขาดเจตนารมณ์ดังกล่าวเป็นสาระสำคัญที่ทำให้ความตกลงไม่เป็นสนธิสัญญาได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ตัดสินในคดี *Aegean Sea Continental Shelf Case* ว่า การเจรจาตกลงระหว่างกรีซ และตุรกี ซึ่งขาดเจตนารมณ์ที่จะให้มีผลผูกพันตามกฎหมายตั้งแต่ต้นนั้น หากทำให้ความตกลงมีฐานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาไม่ ทั้งนี้เพราะการพิจารณาว่าข้อตกลง หรือการเจรจาใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ จำเป็นที่จะต้องพิจารณาตั้งแต่สถานการณ์แวดล้อม เจตนาในการเจรจาตกลง ตั้งแต่แรก ถ้อยคำที่แต่ละฝ่ายหยิบยกมาพิจารณาในภายหลังไม่สามารถเปลี่ยนแปลงสถานะของการเจรจาได้ จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ที่จะผูกพันตามกฎหมายเป็นสาระสำคัญและถือว่าเป็นหัวใจของการที่คู่ภาคียินยอมให้ความตกลงนั้นอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนั่นเอง

⁵⁶ *Anglo-Iranian Oil Company (United Kingdomv. Iran) (Preliminary objections) ICJ Reports (1952), p.93 at p. 112.*

⁵⁷ *The Libyan Oil Arbitrations, BYIL (1982), pp.27-81.*

พันธะทางกฎหมายของสนธิสัญญาจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ และมีความแตกต่างจากความตกลงที่มุ่งผลทางการเมือง หรือด้านอื่น สนธิสัญญาย่อมก่อสิทธิทางกฎหมายระหว่างคู่ภาคีทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าวข้างต้น

4. สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นอาจจะเป็นตราสารฉบับเดียว สองหรือหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน

ถึงแม้ว่ารูปแบบของสนธิสัญญาที่เป็นตราสารฉบับเดียวจะเป็นรูปแบบที่เป็นทางการและเป็นที่นิยม และยอมรับกันมาช้านาน แต่ทางปฏิบัติในการทำสนธิสัญญา หรือความตกลงในลักษณะอื่นก็เป็นที่ยอมรับมากขึ้น และยึดถือปฏิบัติต่อมา เช่นการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือเป็นจดหมายโต้ตอบกัน ความแตกต่างหลากหลายทั้งในรูปแบบ และชื่อของสนธิสัญญา ความตกลง ย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น ระดับความสำคัญ ผู้ทำสนธิสัญญา เนื้อหาสาระ ภาคีของสนธิสัญญา จำนวนคู่สัญญา เรื่องที่ตกลงกัน และเจตนาของคู่ภาคีที่ประสงค์ให้ความตกลงระหว่างประเทศที่กระทำขึ้นนั้นมีชื่ออย่างไร แต่ขอให้เข้าใจว่าไม่ว่าจะมีชื่ออย่างไรไม่ได้ทำให้สถานทางกฎหมายของความตกลงนั้นแตกต่างกัน ไม่ได้ทำให้ฐานะของตราสารนั้นต่างกันแต่อย่างใด

นอกจากการพิจารณาถึงองค์ประกอบทั้งสี่ประการของสนธิสัญญาแล้ว มีประเด็นที่ขอนำมาพิจารณา ณ ที่นี้เพื่อเป็นประโยชน์แก่การเข้าใจสาระของสนธิสัญญาโดยสรุปดังนี้ คือ

1. คำว่า “สนธิสัญญา” เป็นคำที่ใช้ทั่วไปสำหรับความตกลงระหว่างประเทศ ที่ผูกพันรัฐ แต่ไม่ได้จำกัดความหมาย ที่หมายถึงชื่อเฉพาะอันเป็นรูปแบบหนึ่งของสนธิสัญญา กล่าวโดยสรุปคือ สนธิสัญญา มีความหมายอย่างกว้างที่หมายถึงความตกลงหลากหลาย รูปแบบที่กระทำขึ้นระหว่างประเทศ ระหว่างรัฐ และความหมายอย่างแคบที่หมายถึงความตกลงที่เรียกว่าสนธิสัญญาซึ่งเป็นชื่อเฉพาะประเภทหนึ่งของสนธิสัญญา
2. ตราสารใดจะได้รับการพิจารณาว่าเป็นสนธิสัญญาหรือไม่ ไม่ได้อยู่ที่ชื่อของตราสารนั้นๆ แต่อยู่ที่การแสดงเจตนาของคู่ภาคีของตราสารนั้นๆ มากกว่า
3. ถึงแม้สนธิสัญญาใดที่ไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับนิยามว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา ก็มิได้ถูกกระทบกระทั่งถึงความมีผลบังคับตามกฎหมายของตราสารนั้นๆ
4. สนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ดังนั้นตราสารใดที่คู่สัญญาประสงค์ที่จะอยู่ภายใต้บังคับตามกฎหมายภายในของรัฐใดรัฐหนึ่ง เท่านั้น จึงไม่ถือเป็นสนธิสัญญาแม้ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะเป็นรัฐก็ตาม
5. สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยตัวแทนรัฐในหลายระดับ เช่น ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล รัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ หรือตัวแทนประเทศระดับรัฐมนตรี หรือระดับเจ้าหน้าที่ หากเป็นผู้มีอำนาจโดยชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศก็ถือว่าเป็นตัวแทนรัฐที่สามารถทำสนธิสัญญาผูกพันรัฐได้ ไม่จำกัดว่าต้องเป็นประมุขของรัฐ เสมอไป

5.4 ประเภทของสนธิสัญญา

การจำแนกประเภทของสนธิสัญญาอาจจะพิจารณาได้หลายลักษณะ กล่าวคือ การจำแนกโดยจำนวนผู้เข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา การจำแนกตามสถานะของผู้เข้าทำสนธิสัญญา การจำแนกตามชื่อของสนธิสัญญา การจำแนกตามลักษณะของสนธิสัญญา ที่เรียกว่าเป็น “Law-making Treaty” ซึ่งหมายถึงสนธิสัญญาที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมาย อันที่จริงสนธิสัญญาทุกฉบับที่กระทำขึ้นโดยชอบตามกฎหมายก็ถือว่าเป็น “Source of Law” ทั้งสิ้น แต่สนธิสัญญาที่มีฐานะเป็น “Law-making treaty” จะมีบทบาทในการวางหลักกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นต้น นักกฎหมายบางท่านก็เห็นว่าการจำแนกประเภทของสนธิสัญญาไม่ค่อยจะเป็นสิ่งสำคัญมากนัก⁵⁸ อย่างไรก็ตามการจำแนกประเภทสนธิสัญญาที่นับว่ามีความสำคัญคือ สนธิสัญญาทวิภาคี กับ สนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งมีนัยอันสำคัญเนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรับใช้กับกรณีทั้งสองมีความแตกต่างกันเกี่ยวกับ สิทธิ และหน้าที่ความผูกพัน และความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีซึ่งมีอยู่หลายฝ่ายนั่นเอง

ก่อนที่จะอธิบายโดยละเอียดเกี่ยวกับประเภทของสนธิสัญญา ควรจะได้ทราบเกี่ยวกับองค์ประกอบของสนธิสัญญาด้วย เนื่องจากองค์ประกอบของสนธิสัญญา (Parts of treaties) มีส่วนเกี่ยวข้องกับประเภทของสนธิสัญญาด้วย แม้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศจะไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับลำดับแห่งองค์ประกอบของสนธิสัญญาก็ตามแต่ในสนธิสัญญาที่เป็นทางการมักจะมีลำดับแห่งประกอบของสนธิสัญญาดังนี้ คือ ลำดับแรกจะเป็นชื่อของสนธิสัญญา ดังที่ท่านจะได้ศึกษาต่อไปโดยลำดับว่าสนธิสัญญาอาจจะมีชื่อเรียกที่แตกต่างกันออกไป ขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการตั้งแต่ประเภทของสนธิสัญญา ผู้ลงนามในสนธิสัญญา วัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา ลักษณะของสนธิสัญญา และสารัตถะของสนธิสัญญา เป็นต้น ลำดับต่อมาจะเป็นส่วนที่เรียกว่า ส่วนอารัมภบท (Preamble) อันเป็นส่วนแรกหรือส่วนที่หนึ่งของสนธิสัญญา ซึ่งมักจะระบุเกี่ยวกับรายละเอียดของคู่ภาคีในสนธิสัญญา รวมทั้งบางครั้งอาจจะระบุเกี่ยวกับผู้แทน หรือตัวแทนของคู่ภาคีที่มาเจรจา หรือลงนามด้วย และจะระบุเกี่ยวกับเจตนารมณ์ แรงจูงใจ หรือเหตุผลในการที่รัฐมาร่วมลงนามทำสนธิสัญญากัน ลำดับที่สามอันเป็นส่วนที่สองของสนธิสัญญาจะประกอบด้วยตัวข้อบทหรือมาตราต่างๆของสนธิสัญญาที่เป็นหลักการที่สำคัญซึ่งจะมีข้อบทหลายมาตราด้วยกัน และในบางกรณีอาจจะต้องมีบทที่เป็นภาคผนวกเสริมตัวบทหลักของสนธิสัญญา และ ลำดับต่อไป หรือส่วนที่สามของสนธิสัญญาซึ่งมักจะเรียกว่าเป็นส่วนท้ายของสนธิสัญญา (Final Clause) จะประกอบด้วยบทบัญญัติย่อยเบ็ดเตล็ดต่างๆ ว่าด้วยเรื่องระยะเวลาความผูกพันของสนธิสัญญา การให้สัตยาบัน หรือการรับรอง การภาคยานุวัติของรัฐอื่นๆ หรือการมีผลผูกพันต่อรัฐที่สาม และลำดับสุดท้าย คือส่วนท้ายสุดของสนธิสัญญาเป็นส่วนตัวด้วยการแสดงตนผูกพันต่อสนธิสัญญาประกอบด้วย การลงนามในสนธิสัญญาของตัวแทนผู้มีอำนาจ หรือผู้มีอำนาจทำสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามลำดับแห่งองค์ประกอบของสนธิสัญญาเหล่านี้ไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนตายตัว ในอดีตอาจจะมีสนธิสัญญาหลายฉบับที่มีส่วนของสนธิสัญญาในส่วนที่เป็นความลับแนบท้ายผนวกเข้ากับ

⁵⁸ Jennings and Watts (eds.) (1992) *Oppenheim's International Law*. 9th edition.

สนธิสัญญา และเป็นส่วนหัวใจของสนธิสัญญาด้วย แต่ทางปฏิบัตินี้ได้หายไป ทั้งนี้เนื่องจากขั้นตอนในการที่จะต้องลงทะเบียน หรือจดทะเบียนสนธิสัญญากับสหประชาชาติ และการตีพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนั่นเอง การที่จะต้องมาพิจารณาส่วนองค์ประกอบของสนธิสัญญาเนื่องจากประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าสิ่งที่กระทำขึ้นระหว่างภาคีของสนธิสัญญาส่วนใดที่จะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญานั้นเอง บางกรณีอาจจะมีการทำเอกสารแนบท้ายสนธิสัญญาเดิม จะถือได้หรือไม่ว่าเอกสารหรือความตกลงใดๆที่กระทำต่อมาเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาที่กระทำต่อกันมาแล้ว และจะมีขอบข่ายการบังคับใช้ได้เพียงใด เป็นไปตามเงื่อนไขข้อบังคับเดิมได้หรือไม่อย่างไร⁵⁹

1. ประเภทของสนธิสัญญาที่จำแนกโดยจำนวนผู้เข้าร่วมเป็นภาคีของสนธิสัญญา

ก. สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Treaties) หมายถึง สนธิสัญญาสองฝ่าย กล่าวคือคู่ภาคีมีสองฝ่าย หรือสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างสองรัฐ เช่นสนธิสัญญาความร่วมมือทางด้านการค้า เศรษฐกิจ และความสัมพันธ์ทางการเมือง ความร่วมมือทางด้านเทคโนโลยี ความร่วมมือทางด้านการศาล และกฎหมาย เป็นต้น

ข. สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaties) หมายถึงสนธิสัญญาที่มีภาคีของสนธิสัญญามากกว่า 2 ฝ่ายขึ้นไป เช่นสนธิสัญญาความร่วมมือระดับภูมิภาคทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และวัฒนธรรม ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวมีความสำคัญอย่างมากเช่นสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป ซึ่งเดิมทีจัดตั้งเป็นประชาคมเศรษฐกิจยุโรป สนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ หรือที่เรียกว่า NATO (North Atlantic Treaty Organization) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาร่วมป้องกัน ไม่ว่าภาคีใดถูกรุกรานด้วยกำลังภาคีทุกฝ่ายจะเข้าช่วยป้องกันการรุกราน สมาชิกของสนธิสัญญาดังกล่าวจำกัดเฉพาะภูมิภาค นอกจากนี้ยังมีตัวอย่างสนธิสัญญาที่เป็นที่รู้จักกันดีอีกมากมายเช่น กติกาสัญญาออร์ซอ (Warsaw Pact) เป็นต้น

ข้อสังเกต อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ครอบคลุมสนธิสัญญา 2 ประเภทนี้เท่านั้นไม่รวมถึงคำประกาศฝ่ายเดียว ซึ่งมีผลผูกพันตามกฎหมายได้เช่นกันเพียงแต่ไม่รวมอยู่ในบทนิยามของอนุสัญญานับนี้เท่านั้น

2. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากสถานะของผู้เข้าร่วมทำสนธิสัญญา

⁵⁹ เช่นคดี Ambatielos ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ความตกลงที่ผนวกเข้ากับสนธิสัญญาระหว่างอังกฤษ กับ กรีซ ในปี 1926 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับกลไกในการยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ภาคีที่ให้กระทำโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการนั้น ซึ่งได้อ้างอิงถึงสนธิสัญญาที่กระทำต่อกันในปี 1886 นั้น ภายใต้สถานการณ์ของคดีดังกล่าวให้ถือได้ว่าเป็นไปตามผลของสนธิสัญญาปี 1886 และให้ถือว่าความตกลงส่วนที่ผนวกเข้ากับสนธิสัญญาปี 1926นั้นเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญานับดังกล่าว และย่อมมีผลผูกพันคู่ภาคีของสนธิสัญญาดังเดิมนั้น

การตกลงทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศอาจจะกระทำโดยบุคคลระดับต่างๆ กันได้เพียงแต่บุคคลดังกล่าวจะต้องมีอำนาจหน้าที่ทำสนธิสัญญาได้โดยมีกฎหมายรับรอง และผูกพันรัฐได้ ฐานะของบุคคลที่ทำสนธิสัญญามีส่วนช่วยบ่งชี้ลักษณะความสำคัญของสนธิสัญญา และตามกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญานั้น บุคคลฐานะต่างๆ ที่ทำสนธิสัญญาย่อมมีระเบียบ ปฏิบัติ และพิธีการที่แตกต่างกันไปด้วย การจำแนกประเภทของสนธิสัญญาตามสถานะของผู้เข้าร่วมทำสนธิสัญญา จำแนกได้ดังนี้

- ก. สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐ (Heads of States) สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐถือเป็นข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งมีประมุขของรัฐเป็นอัครภาคีผู้ทำสัญญา (High Contracting Parties) เช่นพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระราชินีอังกฤษ ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกา เป็นต้น การทำสนธิสัญญาประเภทนี้ไม่ค่อยมีบ่อยมากนัก มักจะใช้ในกรณีที่มีการทำความตกลงที่สำคัญพิเศษ เช่น สนธิสัญญา (Treaty) หรืออนุสัญญา (Convention) ที่มีความสำคัญมากๆ
- ข. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐ (Inter-States) เป็นสนธิสัญญาที่มุ่งให้เป็นข้อตกลงระหว่างรัฐซึ่งมีความสำคัญ และผู้ลงนามจะเรียกว่าภาคีเช่นความตกลงเกี่ยวกับความร่วมมือระหว่างประเทศด้านต่างๆระหว่างรัฐคู่ภาคี ทั้งทางด้านสังคม เศรษฐกิจ การเมือง เป็นต้น
- ค. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐบาล (Inter-Governments) เป็นความตกลงระหว่างรัฐบาล เช่น ความร่วมมือทางเทคนิค หรือความร่วมมือที่เป็นผลจากความตกลงหลักในสนธิสัญญาระหว่างรัฐ เป็นต้น
- ง. สนธิสัญญาที่กระทำโดยรัฐมนตรี เป็นสนธิสัญญาที่มีการเจรจา และลงนามโดยรัฐมนตรีของประเทศที่ร่วมในสนธิสัญญา โดยทั่วไปคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ และมักจะกระทำโดยคณะผู้แทน
- จ. สนธิสัญญาที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐ (Inter –Department) เป็นสนธิสัญญาที่กระทำโดยตัวแทนของหน่วยงานของรัฐบาลที่รับผิดชอบในเรื่องที่เจรจา ตกลงกัน
- ฉ. สนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐบาล (Political Heads) เป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญพอสมควร มักเป็นเรื่องความตกลงทางการเมืองระหว่างประมุขของรัฐบาล เช่นสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกา กับสหภาพโซเวียตรัสเซียเกี่ยวกับระบบต่อต้านขีปนาวุธ (Treaty on Anti-Ballistic Missile System) ซึ่งลงนามระหว่างประธานาธิบดี

นิกสัน และเลขาธิการพรรคคอมมิวนิสต์ นายเลโอนิด เบรสเนฟ⁶⁰ นอกจากนี้ก็ได้แก่ ความตกลงมิวนิค (Munich Agreement) ลงนามโดยนายกรัฐมนตรีอังกฤษ และฝรั่งเศส (นายแฮมเบอเลน กับ นายดาลาดิเอ) ฝ่ายหนึ่ง กับผู้นำของประเทศเยอรมนีและอิตาลี (อิตเลอร์และมุสโสลินี) อีกฝ่ายหนึ่ง เป็นต้น

3. ประเภทของสนธิสัญญาที่พิจารณาจากชื่อต่าง ๆ ที่ใช้เรียก

สนธิสัญญาอาจมีชื่อเรียกต่าง ๆ ตามลักษณะและความสำคัญของสนธิสัญญา ซึ่งจำแนกชื่อเฉพาะต่าง ๆ ของสนธิสัญญาตามประเภทได้ดังนี้

1. สนธิสัญญา (Treaty) เป็นข้อตกลงระหว่างประเทศที่สำคัญเป็นทางการที่กระทำโดยรัฐ มักเป็นข้อตกลงทางการเมือง ซึ่งมีลักษณะพิเศษ เช่น สนธิสัญญามิตรภาพ สนธิสัญญาแอตแลนติกเหนือ (NATO) สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมถ่านหินและเหล็กกล้าแห่งยุโรป สนธิสัญญาจัดตั้งประชาคมยุโรป เป็นต้น แต่เดิมสนธิสัญญาใช้เฉพาะความตกลงที่กระทำระหว่างประมุขของรัฐ แต่ปัจจุบันได้ขยายไปถึงความตกลงระหว่างรัฐบาล

2. อนุสัญญา (Convention) ใช้สำหรับเอกสารความตกลงทางการที่มีลักษณะพหุภาคี หรือเอกสารความตกลงที่ร่างขึ้นโดยองค์การของ สถาบันระหว่างประเทศ ความตกลงเช่นนี้มุ่งให้มีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้น หรือเป็นการประมวลกฎหมาย แต่มีบางกรณีที่ใช้คำว่าอนุสัญญาสำหรับความตกลงทวิภาคี

3. พิธีสาร (Protocol) เป็นความตกลงซึ่งมีลักษณะเป็นทางการน้อยกว่าสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา และมีใช้ความตกลงที่กระทำขึ้นโดยประมุขของรัฐ โดยทั่วไปหมายถึงเอกสารดังต่อไปนี้ เช่น พิธีสารลงนาม (Protocol of signature) ซึ่งเป็นเอกสารเสริมอนุสัญญาและร่างโดยผู้ร่วมเจรจา เอกสารเสริมได้แก่

ก. เอกสารเสริมอนุสัญญา ซึ่งร่างโดยผู้ร่วมเจรจา บางครั้งเรียกว่าพิธีสารลงนาม (Protocol of signature) มักเป็นเอกสารภาคผนวก เอกสารที่ตีความสนธิสัญญา ข้อบัญญัติของสนธิสัญญา บทบัญญัติแทรกเสริม ซึ่งมีความสำคัญไม่มาก

⁶⁰ แต่เนื่องจากปัจจุบันสถานภาพทางกฎหมายของประเทศสหภาพโซเวียตได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว จึงเป็นปัญหาในทางกฎหมายว่าสนธิสัญญาดังกล่าวจะมีผลบังคับกันอย่างไร หรือไม่ เนื่องจากคู่ภาคี สันนิษฐานทางกฎหมายในฐานะสหภาพอันมีอธิปไตยภายใต้การกำกับดูแลของสหภาพโซเวียต และประเทศบริวารเหล่านี้ได้ เป็นอิสระมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง ในช่วงที่สหภาพโซเวียตล่มสลายใหม่ๆ ทั่วทั้งรัฐบาลสหรัฐอเมริกาได้พยายามติดต่อเพื่อให้ประเทศที่เคยเป็นประเทศบริวารของสหภาพโซเวียตลงนามในสนธิสัญญาด้วยตนเอง แต่ในทางกฎหมายก็ไม่อาจจะทดแทนฐานะของคู่สัญญาเดิมได้ ก็จะกลายเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีแต่ละคู่ที่มาลงนามใหม่กับสหรัฐอเมริกา

บทบัญญัติทางการซึ่งมิได้ปรากฏในอนุสัญญา หรือข้อสงวนที่กระทำโดยภาคีที่ลงนาม พิธีสารแก้ไขสนธิสัญญาพหุภาคีต่างๆ เมื่อมีการให้สัตยาบันอนุสัญญามีผลเป็นการให้สัตยาบันพิธีสารไปด้วยในตัว

- ข. เอกสารเสริมอนุสัญญา แต่มีลักษณะเอกเทศ และใช้ปฏิบัติโดยการให้สัตยาบัน เช่น พิธีสารกรุงเฮก ค.ศ. 1930 ว่าด้วยการไร้สัญชาติ ซึ่งลงนามในขณะที่เดียวกับที่มีการลงนามอนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการขจัดกั้นของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ. 1930
- ค. สนธิสัญญาเอกเทศ
- ง. บันทึกความเข้าใจ ซึ่งปกติเรียกว่า บันทึกการเจรจา (Proces – Verbal)

4. ความตกลง (Agreement) เป็นเอกสารซึ่งมีลักษณะเป็นทางการน้อยกว่าสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา โดยทั่วไปมิได้กระทำโดยประมุขของรัฐ ปกติใช้สำหรับความตกลงที่มีขอบเขตจำกัด หรือมิได้มีลักษณะถาวรนัก มีภาคน้อยกว่าอนุสัญญา มักใช้สำหรับความตกลงที่มีลักษณะเทคนิค หรือบริหาร ซึ่งลงนามโดยตัวแทนของหน่วยงานของรัฐ และไม่จำเป็นต้องมีการให้สัตยาบัน แต่ก็ต้องขึ้นอยู่กับการรับรองของแต่ละประเทศด้วย เช่นความตกลงระหว่าง สหราชอาณาจักร นอร์เวย์ และ สหภาพโซเวียตส์เซีย ว่าด้วยการจับปลาโคดในมหาสมุทรอาร์กติกตะวันออกเฉียงเหนือ (Agreement between the United Kingdom, Norway and the Soviet Union on the Regulation of the Fishing of Cod of North-East Arctic (Arcto-Norwegian) ลงนามเมื่อ 15 มีนาคม 1974 เป็นต้น

5. บันทึกหรือหนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes or Letters) เป็นวิธีที่ไม่เป็นทางการ โดยรัฐแสดงเจตนารมณ์ว่าต้องการผูกพันกับความตกลงบันทึกความเข้าใจบางอย่าง หรือยอมรับพันธกรณีบางอย่าง อาจจะกระทำโดยผ่านผู้แทนทางการทูตหรือผู้แทนทหาร โดยปกติไม่มีการให้สัตยาบัน บางครั้งอาจมีบันทึกแลกเปลี่ยนในลักษณะพหุภาคีก็ได้ เช่นบันทึกแลกเปลี่ยนระหว่าง สหราชอาณาจักร กับประเทศอื่นๆ ในเรื่องต่างๆ เป็นต้นว่าการแก้ไขความตกลงเรื่องบริการทางอากาศ⁶¹ การฝึกอบรมกองทัพอากาศในแคนาดา⁶² การขยายเวลาสนธิสัญญาทางการค้าและการภาษี⁶³ เป็นต้น

6. ข้อตกลง (Arrangement) มักใช้ในเรื่องความตกลงที่มีลักษณะชั่วคราว หรือเฉพาะกาล

7. บันทึกการเจรจา (Proces – Verbal) เดิมหมายถึงการสรุปขั้นตอนและผลการประชุมทางการทูต แต่ในปัจจุบันหมายถึงบันทึกสาระสำคัญ ข้อตกลงระหว่างภาคี การบันทึกการเจรจา นอกจากนี้ยังใช้บันทึกการแลกเปลี่ยน หรือการให้สัตยาบัน การทำข้อตกลงทางการบริหารที่ไม่สำคัญนัก หรือกรณีการเปลี่ยนแปลงอนุสัญญาเล็กๆ น้อยๆ ทั่วไป ไม่มีการให้สัตยาบัน

8. ข้อบัญญัติ หรือธรรมนูญ (Statute) ปกติใช้ในกรณีต่อไปนี้

⁶¹ อังกฤษทำสัญญากับเชิรราเลโอน เมื่อวันที่ 5 เมษายน 1962

⁶² อังกฤษทำสัญญากับแคนาดา

⁶³ อังกฤษทำสัญญากับประเทศไทย เมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน ค.ศ. 1937

- จ. ประมวลกฎหมายเกณฑ์หรือข้อบังคับ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของสถาบันระหว่างประเทศ เช่นธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศปี ค.ศ. 1945
- ฉ. ประมวลกฎหมายที่กำหนดโดยการตกลงระหว่างประเทศ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ภายในอาณาบริเวณเฉพาะแห่ง ภายใต้การควบคุมดูแลระหว่างประเทศ เช่น Statute of the Sanjak of Alexandra 1937
- ช. เอกสารแนบท้ายอนุสัญญา ซึ่งกำหนดระเบียบ กฎเกณฑ์บางอย่าง สำหรับใช้ปฏิบัติ เช่น Statute on Freedom of Transit ซึ่งเป็นเอกสารผนวกอนุสัญญาว่าด้วยเสรีภาพในการเดินทางผ่านแดนที่เมืองบาเซิลนา ปีค.ศ. 1921 (Convention on Freedom of Transit, 1921)

9. ปฏิญญา (Declaration) ใช้ได้ในหลายสถานการณ์ คือ

- ช. ความแตกต่างอย่างเป็นทางการ ซึ่งมุ่งให้เกิดพันธะผูกพัน เช่นปฏิญญาปารีส (Declaration of Paris 1856) ซึ่งเป็นความตกลงที่มุ่งนิยามกฎหมายระหว่างประเทศ ว่าด้วยการปิดกั้น (Blockade) และของต้องห้าม (Contraband)
- ฉ. เอกสารไม่เป็นทางการ ซึ่งผนวกสนธิสัญญา หรืออนุสัญญา แสดงการตีความ บทบัญญัติของสนธิสัญญา หรืออนุสัญญานั้น
- ญ. ความตกลงไม่เป็นทางการเกี่ยวกับเรื่องที่ไม่สำคัญนัก
- ฎ. มติจากการประชุมทางการทูต ซึ่งประกาศหลักการบางประการ หรือข้อกำหนดให้ทุกรัฐถือปฏิบัติ เช่น ปฏิญญาห้ามการใช้กำลังบังคับทางทหาร การเมือง หรือเศรษฐกิจในการทำสนธิสัญญา (Declaration on the Prohibition of Military, Political or Economic coercion in the Conclusion of Treaties) ซึ่งที่ประชุมกรุงเวียนนารับรองเกี่ยวกับกฎหมายสนธิสัญญา

10. บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ปัจจุบันนี้มีการนำมาใช้อย่างมาก และจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องทำความเข้าใจกับชื่อดังกล่าว เพราะมีบุคคลจำนวนมากที่ไม่เข้าใจในสถานะของบันทึกความเข้าใจ หรือ MOU ดังกล่าว เนื่องจากในบางกรณี MOU มีสถานะเป็นสนธิสัญญา แต่ในบางกรณี MOU มิใช่สนธิสัญญา⁶⁴ อีกทั้งภาคเอกชนได้นำเอาชื่อ MOU มาใช้ในการทำความตกลงเป็นจำนวนมากระดับเอกชน ซึ่งมิใช่สนธิสัญญาแต่อย่างใด ดังนั้นพึงเข้าใจว่าอย่าด่วนสรุปเมื่อเห็นชื่อ MOU ว่า เป็น หรือ ไม่เป็นสนธิสัญญาเพียงเพราะเห็นชื่อ MOU ด้วยเหตุว่าสนธิสัญญาที่กระทำในลักษณะMOUมีบ่อยครั้งที่ถูกนำไปจดทะเบียนในฐานะสนธิสัญญา⁶⁵ แต่

⁶⁴ เช่น The Paris Memorandum of Understanding on Port State Control 1982 ILM (1982), p.1

⁶⁵ ตัวอย่างของสนธิสัญญาที่กระทำในรูป MOU ได้แก่ Memorandum of Understanding relating to the Implementation of the Guidelines for Transfer of Nuclear-Related Dual – Use Equipment 1992 (ILM (1992), p.1097, Memorandum of

ขอให้พิจารณาให้ถ่องแท้ถึงเจตนารมณ์ของคู่ภาคีในตราสารดังกล่าว ตลอดจนถ้อยคำที่ใช้ในตราสารนั้นๆ ประกอบด้วย

11. ความตกลงชั่วคราว (Modus Vivendi) เป็นเอกสารบันทึกข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีลักษณะชั่วคราว หรือเฉพาะการโดยมุ่งให้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขภายหลัง ปกติใช้ในลักษณะไม่เป็นทางการ เช่นกระทำในนามของผู้แทนที่ร่วมเจรจา หรือมีการลงนามย่อ และไม่มีการให้สัตยาบัน

12. กรรมสารสุดท้าย (Final Act) เป็นเอกสารซึ่งรวบรวมผลการประชุมขั้นสุดท้ายเพื่อสรุปอนุสัญญา เช่นกรรมสารสุดท้ายของการประชุมกรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ซึ่งเป็นเอกสารสรุปสาระสำคัญของการประชุม ระบุรัฐหรือประเทศของรัฐที่เข้าร่วมประชุม ผู้แทนซึ่งร่วมเจรจา และเอกสารซึ่งที่ประชุมรับรอง นอกจากนี้ยังระบุมติ แถลงการณ์ และข้อเสนอแนะซึ่งที่ประชุมยอมรับแต่ไม่ได้บรรจุไว้เป็นบทบัญญัติของอนุสัญญา บางกรณีกรรมสารสุดท้ายยังระบุการตีความบทบัญญัติในเอกสารทางการซึ่งที่ประชุมรับรองด้วย

13. กรรมสารทั่วไป (General Act) ตราสารชนิดนี้คือสนธิสัญญาทั่วไปนี้เอง แต่อาจมีลักษณะเป็นทางการ หรือไม่เป็นทางการก็ได้ เช่นกรรมสารทั่วไปในการยุติกรณีพิพาทระหว่างประเทศโดยสันติ (General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928) ซึ่งสมัชชาสันนิบาตชาติรับรองในปี ค.ศ.1928 และต่อมาสมัชชาใหญ่สหประชาชาติได้รับรองกรรมสารทั่วไปฉบับแก้ไขในปี ค.ศ.1949

14. ข้อตกลงของฝ่ายบริหาร (Executive Agreement) เป็นแนวทางปฏิบัติที่ใช้เฉพาะในสหรัฐอเมริกา มีลักษณะแตกต่างไปจากสนธิสัญญาอื่นซึ่งต้องให้สภาซีเนทให้คำปรึกษาและเห็นชอบโดยคะแนนเสียงอย่างน้อยสองในสาม ก่อนให้สัตยาบัน ข้อตกลงของฝ่ายบริหารนี้ไม่ต้องให้สภาซีเนทรับรอง แต่เป็นพันธผูกพันระหว่างประเทศซึ่งกระทำโดยฝ่ายบริหารโดยได้รับอนุมัติล่วงหน้าและกระทำภายในกรอบที่สภาครองเกสกำหนดให้ หรือบางกรณีไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติเห็นชอบล่วงหน้า หากเป็นเรื่องซึ่งโดยทั่วไปถือว่าอยู่ในขอบเขตอำนาจของประธานาธิบดี หลังจากปี ค.ศ. 1972 ความตกลงระหว่างประเทศทำนองนี้ต้องถูกนำเสนอสภาครองเกส ภายใน 60 วันหลังจากใช้ข้อตกลงดังกล่าว เช่นข้อตกลงตะวันออกไกล (Far Eastern Agreement) ลงนามเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1945 ณ เมืองยัลตา

15. สนธิสัญญาที่มีชื่อเรียกอย่างอื่น นอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีชื่อเรียกสนธิสัญญาเป็นอย่างอื่นอีก เช่น ข้อตกลง (accord) กรรมสาร (Act) ซึ่งใช้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจัดตั้งองค์การระหว่างประเทศ บันทึกช่วยจำ (Aide-Memoire) มาตราบท (Articles หรือ Articles of Agreement) เช่น มาตราบทความตกลงแห่งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 1944) กฎบัตร (Charter) และ ธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งเป็นเอกสารแม่บทขององค์การระหว่างประเทศ นอกจากนี้ยังมีชื่อเรียกต่างๆ อีก เช่น หนังสือสัญญา (Compact) สาร (Instrument) บันทึก (Memorandum) บันทึกข้อตกลง (Memorandum of Agreement) บันทึกการประชุม (Minute) หรือบันทึกผลการเจรจา (Agreed Minute) ซึ่งใช้บันทึกความเข้าใจที่ไม่สำคัญนัก หรือเกี่ยวกับเรื่องกระบวนการดำเนินงาน บันทึกวาจา (Note verbal) กติกาสัญญา (Pact) ซึ่งใช้บันทึกข้อผูกพันสำคัญ กรรมสารสาธารณะ (Public Act) เป็นต้น

สรุปได้ว่าสนธิสัญญามีชื่อเรียกต่างๆ มากมายขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการตั้งแต่ระดับความสำคัญของสนธิสัญญา จำนวนภาคีของสนธิสัญญา หรือผู้ลงนามในสนธิสัญญา ตลอดจนประเภทของสนธิสัญญาด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าสนธิสัญญาจะมีชื่อเรียกอย่างไรก็มีผลบังคับตามกฎหมายระหว่างประเทศในฐานะสนธิสัญญาทั้งสิ้น สำหรับ คำว่า “สนธิสัญญา” และ “อนุสัญญา” เป็นศัพท์ที่ใช้เรียกความตกลงระหว่างประเทศที่มีความสำคัญระหว่างรัฐ สนธิสัญญาใช้กับความตกลงระหว่างสองรัฐหรือจำนวนภาคีไม่มากนัก แต่อนุสัญญา ส่วนใหญ่ใช้กับความตกลงหลายฝ่าย หรือเป็นผลจากการประชุมระหว่างประเทศที่สำคัญ ซึ่งมีรัฐจำนวนมากเข้าร่วมประชุม หรือความตกลงชนิดที่วางกฎ ระเบียบ หรือกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 เป็นต้น

5.5 ขั้นตอนการทำสนธิสัญญา

1. การเจรจาและผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาผูกพันรัฐ

การทำสนธิสัญญานั้นย่อมกระทำได้โดยบุคคลภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศเท่านั้น (Subject of International Law) ได้แก่ รัฐ และองค์การระหว่างประเทศ แต่ในที่นี้จะกล่าวเฉพาะการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น ทั้งนี้ภายใต้กฎเกณฑ์ ระเบียบ และหลักเกณฑ์ที่ประมวลไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 อนุสัญญาดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับความสามารถในการทำสนธิสัญญาไว้ในมาตรา 6⁶⁶ ความสำเร็จทุกรัฐ (ไม่ว่าใหญ่หรือเล็ก) มีอำนาจและความสามารถในการทำสนธิสัญญา คำว่า “รัฐ” ในที่นี้จึงหมายความว่า รัฐที่มีอำนาจอธิปไตยและเป็นเอกราช รวมทั้งมีองค์ประกอบของความเป็นรัฐดังที่ได้ศึกษามาแล้ว เพราะประเด็นนี้ก็มีความสำคัญในแง่ที่จะพิจารณาว่าตราสารใดเป็นสนธิสัญญาหรือไม่

⁶⁶ Art. 6. of the Vienna Convention: Capacity of States to conclude treaties “Every State possesses capacity to conclude treaties”

นั่นเอง หากความตกลงใดกระทำโดยบุคคลหรือองค์การใดที่ไม่มีสถานะเป็นบุคคลระหว่างประเทศ ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศความตกลงดังกล่าวก็ไม่มีฐานะเป็นสนธิสัญญา เมื่อสนธิสัญญาย่อมกระทำได้แต่โดยบุคคลในกฎหมายระหว่างประเทศคือรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งเป็นนิติบุคคล ก็ย่อมจะต้องมีผู้แทนนิติบุคคล หรือตัวแทนที่มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ซึ่งในกรณีของรัฐ ได้แก่ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีเป็นต้น ซึ่งจะเป็นตัวแทนในการเจรจา ตกลง และร่างสนธิสัญญา ตลอดจนขั้นตอนอื่นๆจนกว่าจะเสร็จสมบูรณ์ โดยแท้ ในหัวข้อต่อไปนี้จะเป็นการอธิบายถึงขั้นตอนต่างๆโดยเริ่มตั้งแต่การเจรจา

การเจรจา (Negotiation) เป็นขั้นตอนเบื้องต้นในการทำสนธิสัญญา การเจรจาทกลง และต่อรอง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อสรุปอันเป็นผลประโยชน์ร่วมกันทั้งสองฝ่าย โดยภาคีคู่เจรจามีความพึงพอใจ และยินดีที่จะปฏิบัติตามบทสรุปที่ได้จากการเจรจาทกลงกันนั้น ก่อนที่จะนำข้อบทที่ได้จากการเจรจามาเป็นข้อพอใจของทุกฝ่ายแล้วนั้นไปยกร่างเป็นสนธิสัญญาเพื่อการรับรอง ลงนาม และให้สัตยาบันต่อไป สนธิสัญญานั้นจึงจะมีผลบังคับตามกฎหมายได้ ตามกฎหมายระหว่างประเทศนั้นไม่มีการกำหนดรูปแบบของการเจรจา ไว้เป็นการเฉพาะจึงขึ้นอยู่กับคู่ภาคีในการที่จะจัดการเจรจากันอย่างไร เป็นกรณีๆไป และโดยที่การทำสนธิสัญญาตามที่เป็นบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นหมายถึงการทำสนธิสัญญาระหว่างรัฐเท่านั้น ดังนั้นการที่รัฐจะแสดงเจตนารมณ์ผูกพันรัฐได้ย่อมกระทำผ่านทางผู้แทนรัฐ ผู้มีอำนาจเต็ม กล่าวคือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐบาล และต้องดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรืออีกนัยหนึ่งคือกระทำตามอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่าด้วยเรื่องผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มนั่นเอง

ผู้มีอำนาจเต็มในการเจรจา โดยหลักการแล้ว บุคคลผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญาในนามของรัฐคือประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาล อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาที่กระทำโดยประมุขของรัฐหรือประมุขของรัฐบาล มักจะไม่มีบ่อยนักและมักจะเป็นเรื่องที่มีความสำคัญทางการเมืองอย่างมาก เช่นสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างประมุขของรัฐ หรือหัวหน้ารัฐบาล ในการตกลงทำสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรปซึ่งปัจจุบันได้พัฒนามาเป็นสหภาพยุโรป หรือ การก่อตั้งอาเซียน หรือการก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ และทางปฏิบัติโดยทั่วไปมักจะมีตัวแทนรัฐในระดับรัฐมนตรี หรือในบางกรณี สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับรองลงมา เช่นโดยตัวแทนของกระทรวง หรือหน่วยงานอื่นๆที่เกี่ยวข้อง จำแนกตามความเหมาะสมและลักษณะของสนธิสัญญา ตลอดจนระดับของความเป็นทางการหรือรูปแบบของการทำสนธิสัญญา แต่ไม่ได้หมายความว่าจะมีการจำแนกความสำคัญของสนธิสัญญาเนื่องจากสนธิสัญญามีฐานะที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ หากสนธิสัญญานั้นๆได้กระทำโดยชอบโดยตัวแทนที่มีอำนาจตามกฎหมายย่อมผูกพันรัฐนั้นๆ และเมื่อรัฐบาลเปลี่ยนแปลงไป สนธิสัญญาก็ยังคงผูกพันรัฐนั้นอยู่⁶⁷ ส่วนการที่รัฐใดเมื่อได้ทำสนธิสัญญาแล้วจะให้ผลบังคับตาม

⁶⁷ Anthony Aust (2000) Modern Treaty Law and Practice. Cambridge: University Press. P. 48.

กฎหมายภายในย่อมเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการภายในของรัฐนั้นๆ ในการรับรองผลของสนธิสัญญา หรือการทำให้สนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายใน หรือการออกกฎหมายรับรอง บังคับการให้เป็นไปตามผลของสนธิสัญญานั้นๆ ในปัจจุบันก็ปรากฏว่ามีสนธิสัญญาที่กระทำโดยหน่วยงานของรัฐต่อหน่วยงานของรัฐซึ่งกระทำในนามของรัฐ และผูกพันรัฐด้วย โดยไม่ถือว่าเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญน้อยแต่ประการใด โดยเฉพาะในปัจจุบันนี้ประมุขของรัฐ หรือประมุขของรัฐบาลมักจะไม่ได้ทำสนธิสัญญาโดยตรงเองดังกล่าวมาแล้ว แต่มักจะกระทำโดยตัวแทนผู้มีอำนาจ โดยจะต้องมีการแสดงหนังสือรับรองการเป็นผู้มีอำนาจเต็มที่เรียกว่าหนังสือมอบอำนาจเต็ม “Full Powers” ทั้งนี้ตามบทบัญญัติในมาตรา 2.1 (c)⁶⁸ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติไว้ว่า

“หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers หมายถึง หนังสือที่ออกโดยหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐ ซึ่งแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือหลายคนเพื่อเป็นตัวแทนของรัฐในการเจรจา ยอมรับ รับรอง ขอบทของสนธิสัญญา ในการแสดงเจตนาของรัฐในการที่จะผูกพันตามผลของสนธิสัญญา หรือเพื่อที่จะกระทำการใดๆ ให้เสร็จสิ้นสมบูรณ์เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา”. จากข้อบัญญัติดังกล่าว ถ้อยคำที่ว่า “การกระทำใดๆ เกี่ยวกับการทำสนธิสัญญา” นี้ ให้นำหมายรวมถึง

(1) การกระทำที่เกี่ยวกับสถานะของสนธิสัญญา เช่น การประกาศว่าสนธิสัญญาไม่มีผลบังคับ การสิ้นสุด หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา การถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือการระงับชั่วคราวของสนธิสัญญา ทั้งนี้ตามมาตรา 67 (2) ซึ่งบัญญัติว่า หากตราสารดังกล่าวไม่ได้ลงนามโดยประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ บุคคลที่เป็นตัวแทนของรัฐที่จะกระทำการดังกล่าวจะต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers.

(2) การประกาศ หรือ การบอกกล่าว ในลักษณะที่จะผูกพันโดยตราสาร ในการที่จะขยายเพิ่มเติม หรือเปลี่ยนแปลงพันธกรณีต่อสนธิสัญญา เช่นการบอกกล่าวให้มีการบังคับใช้สนธิสัญญาชั่วคราว หรือการขยายขอบเขตการบังคับใช้สนธิสัญญาเหนือดินแดนเป็นต้น และ

(3) การประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ⁶⁹ ภายใต้มาตรา 36 (2) ซึ่งบัญญัติว่า “รัฐภาคีของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ อาจจะบอกกล่าวในเวลาใดๆ ในการที่จะยอมรับพันธระความผูกพัน และเขตอำนาจศาลเหนือข้อพิพาทใดๆ ในความสัมพันธ์กับรัฐใดๆ ในพันธกิจในลักษณะเดียวกัน โดยไม่จำเป็นต้องมีความตกลงพิเศษในข้อพิพาทเกี่ยวกับ (1) การตีความสนธิสัญญา

(4) ข้อปัญหาเกี่ยวกับกฎหมายระหว่างประเทศ (3) การมีอยู่จริงของข้อเท็จจริงใดที่ถือว่ามีการผิดสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างกัน และ (4) ลักษณะของการเยียวยา หรือการชดเชยค่าสินไหม

⁶⁸ Full Powers” means a document emanating from the competent authority of a state designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting, or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty.

⁶⁹ UN Depositary Practice, para. 105.

ทดแทน ในกรณีที่มีการผิดสัญญา ซึ่งการแสดงเจตนา และการบอกกล่าวยอมรับเขตอำนาจศาลดังกล่าวนี้เป็นบทบังคับ”

ตัวแทนผู้มีอำนาจ ซึ่งจะต้องมีการแสดงหนังสือรับรองการเป็นผู้มีอำนาจเต็มที่เรียกว่าหนังสือมอบอำนาจเต็ม “Full Powers” และถือเป็นหนังสือทางการแสดงสถานภาพของผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มที่ ซึ่งตามมาตรา 7 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติถึงความสำคัญของหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers และอำนาจของบุคคลที่แสดงหนังสือดังกล่าวว่า

“บุคคลที่จะถือว่าเป็นตัวแทนของรัฐซึ่งมีอำนาจในการรับรองความถูกต้องของข้อบทของสนธิสัญญา หรือ ในการที่จะแสดงเจตนาในนามของรัฐในอันที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาได้นั้นจะต้อง

(ก) ได้แสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers หรือ

(ข) โดยทางปฏิบัติของรัฐ หรือในสถานการณ์แวดล้อมอื่นๆ พิจารณาได้ว่ารัฐนั้นมีเจตนาให้บุคคลดังกล่าวเป็นตัวแทนของรัฐ และได้รับการมอบอำนาจเต็ม” มาตรา นี้

ส่วนในมาตรา 7.2 ของอนุสัญญาดังกล่าว ได้กำหนดว่าบุคคลซึ่งโดยตำแหน่ง และโดยหน้าที่ไม่จำเป็นต้องมีหนังสือ Full Power ก็ถือว่าเป็นตัวแทนรัฐโดยอำนาจหน้าที่ *Ex Officio* ได้แก่บุคคลต่อไปนี้คือ

(ก) ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในการดำเนินการใดๆ หรือการกระทำทุกกรณีที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญา

(ข) หัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูต มีอำนาจในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการยอมรับ หรือการรับเอา ข้อบทของสนธิสัญญาที่กระทำระหว่างรัฐผู้รับกับรัฐผู้ส่งทูตนั้น ซึ่งกรณีนี้ใช้สำหรับการทำสนธิสัญญาสองฝ่ายระหว่างสองรัฐนั้นเท่านั้น มาตรา 3 (1) (c)⁷⁰ ของอนุสัญญาเวียนนา 1961 ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะผู้แทนทางการทูตให้รวมถึงการเจรจา ตกลง กับรัฐบาลของประเทศรัฐผู้รับ และหัวหน้าคณะผู้แทนทางการทูตมีอำนาจยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาซึ่งกระทำระหว่างรัฐทั้งสอง⁷¹ ถึงแม้ว่ามาตรา 7(2)(b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ไม่ได้กล่าวถึงอำนาจในการรับรองความถูกต้องของข้อบทสนธิสัญญา (Authenticating the text) แต่ในทางปฏิบัติก็ไม่ได้มีการขอให้มีการแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers เป็นพิเศษเพื่อการนี้แต่อย่างใด อย่างไรก็ดีตามหากมีการแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วยในการลงนามในสนธิสัญญาก็

⁷⁰ Art. 3 (1) The functions of a diplomatic mission consist *inter alia* in :(c) negotiating with the Government of the receiving state;

⁷¹ 500 UNTS 95 (No. 7310); UKTS (1965) 19.

ให้เป็นไปตามนั้น ถึงแม้ว่าการลงนามเพียงอย่างเดียวหาได้เป็นการแสดงเจตนาว่าให้ผูกพันรัฐไม่

- (ค) ผู้เป็นตัวแทนรัฐ เพื่อเข้าร่วมในการประชุมระหว่างประเทศ หรือองค์การระหว่างประเทศ หรือองค์การใดขององค์การระหว่างประเทศ โดยมีอำนาจในส่วนที่เกี่ยวกับการยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาในการประชุมระหว่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือองค์การขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยผู้แทนเหล่านั้นได้รับการรับรองอย่างเป็นทางการ (accredited) ผู้แทนรัฐเหล่านี้ไม่จำเป็นต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers

สำหรับผู้แทนถาวรในองค์การระหว่างประเทศ (Permanent Representatives) อาจจะมีหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป (General Full Powers)⁷² มอบไว้ให้องค์การระหว่างประเทศนั้นๆ สำหรับแสดงสถานะของผู้แทนคนผู้นั้น อย่างไรก็ตามหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไปนี้ (General Full Powers) ไม่ได้ให้อำนาจบุคคลนั้นๆ ในอันที่จะกระทำการใดๆ ตามลำพังได้โดยไม่ต้องหารือรัฐบาลไม่ ดังนั้นผู้แทนที่ได้รับหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป General Full Powers จึงจำเป็นต้องได้รับการแนะนำ หรืออนุมัติจากรัฐบาลในการตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งในการกระทำส่วนที่เกี่ยวกับสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามทางปฏิบัติในเรื่องนี้ขึ้นอยู่กับกฎระเบียบภายในของแต่ละรัฐ สำหรับหนังสือมอบอำนาจเต็มทั่วไป General Full Powers นี้จะต้องแสดงต่อเลขาธิการขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยเร็วที่สุด และเลขาธิการจะมอบสำเนาฉบับที่รับรองความถูกต้องของสำเนานั้นโดยเลขาธิการ และมอบไว้ให้ผู้แทนคนนั้นยึดถือไว้เป็นหลักฐานฉบับด้วย

ในบางกรณีรัฐภาคีหลายรัฐอาจจะแต่งตั้งบุคคลคนเดียวกันเป็นตัวแทนของรัฐทั้งหลายเหล่านั้นก็ได้แต่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก ตัวอย่างเหตุการณ์ดังกล่าวได้แก่ กรณีนอร์เวย์และสวีเดนได้แต่งตั้งบุคคลเดียวกันเป็นตัวแทนของทั้งสองฝ่าย ในปี ค.ศ. 1951⁷³ เป็นต้น เราจะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติของรัฐมีหลากหลายวิธีการ ต่อไปนี้จะอธิบายระเบียบวิธีเกี่ยวกับการแสดง หรือ การส่ง หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers และพิจารณาทางปฏิบัติของรัฐที่เป็นที่ยอมรับประกอบการศึกษาดังนี้

กระบวนการเกี่ยวกับรูปแบบและการส่งหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ถึงแม้ว่ารูปแบบสารัตถะ และการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers จะขึ้นอยู่กับรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมาย และทางปฏิบัติของรัฐแต่ละรัฐก็ตามแต่รัฐทั้งหลายก็ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 2(1)

⁷² ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงการที่จะต้องแสดงหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ในแต่ละโอกาสทุกครั้งที่มีการลงนามในสนธิสัญญาที่กระทำภายใต้องค์การระหว่างประเทศนั้นๆ รัฐอาจจะออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ทั่วไปไว้กับองค์การระหว่างประเทศสำหรับบุคคลผู้นั้นซึ่งเป็นผู้แทนถาวรของรัฐดังกล่าวก็ได้

⁷³ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศได้หยิบยกกรณีตัวอย่างดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาด้วย Cited by the ICL Commentary (Treaties), Art. 7, para (2): YBILC (1966), ii, p. 194.

(c) กล่าวคือการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers จะต้องออกโดยบุคคลหรือหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐที่ออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers เพื่อส่งตัวแทนผู้มีอำนาจบุคคลนั้น และต้องปฏิบัติตามแนวทางที่เป็นที่ยอมรับในทางระหว่างประเทศ หน่วยงานหรือบุคคลที่มีอำนาจในที่นี้ย่อมหมายถึง บุคคลผู้มีอำนาจโดยตำแหน่ง ได้แก่ ประมุขของรัฐ หัวหน้ารัฐบาล และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ โดยมีทาง ปฏิบัติคือ หากเป็นการทำสนธิสัญญาระดับระหว่างประมุขของรัฐการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ก็ต้องออกโดยประมุขของรัฐเว้นแต่ประมุขของรัฐได้กระทำการด้วยตนเอง แม้ว่าประธานาธิบดีมักจะไต่ลงนามในสนธิสัญญาด้วยตนเอง หรือแม้กระทั่งความตกลงที่เรียกว่า Memorandum of Understanding (MOU) ก็ตามแต่ประมุขของรัฐที่เป็นกษัตริย์ หรือพระราชินีมักจะไม่ได้ลงนามเองแต่จะมอบอำนาจให้ผู้มีอำนาจลงนามแทนโดยออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ให้ สำหรับการทำสนธิสัญญาระดับระหว่างประมุขของรัฐ⁷⁴

สำหรับถ้อยคำที่บรรจุอยู่ในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers นั้นจะต้องชัดเจนไม่คลุมเครือในการที่ระบุว่าบุคคลใดได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนที่มีอำนาจ และมีอำนาจในการกระทำการใด เช่นในการเจรจา ในการลงนาม หรือในการรับรองข้อบทของสนธิสัญญา และจะต้องระบุข้อความต่อไปนี้

1. ชื่อเต็มของบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้ง ดังนั้นแค่เพียงระบุว่าเอกอัครราชทูตประจำประเทศ จึงไม่เพียงพอ และไม่ถูกต้อง
2. ระบุชื่อเต็มของสนธิสัญญาที่บุคคลนั้นได้รับแต่งตั้งให้ไปทำหน้าที่ไปเจรจาหรือลงนาม หากยังไม่สามารถระบุได้ในขณะนั้นเพราะยังไม่เป็นที่ยุติ ก็จะต้องระบุถึงเรื่องที่มาเจรจากลลงกัน ระบุชื่อการประชุม เจรจา หรือชื่อองค์การระหว่างประเทศที่จัดให้มีการประชุมเจรจากัน แต่ไม่ต้องระบุวันที่ และสถานที่ ที่คาดหมายว่าจะมีการลงนามกัน
3. ลายมือชื่อของบุคคลผู้มีอำนาจในการแต่งตั้ง และออกหนังสือนั้น การลงลายมือชื่อนั้นจะต้องเป็นลายมือชื่อโดยบุคคลจริง ไม่สามารถลงลายมือโดยการส่งแฟกซ์และไม่สามารถลงนามแทนโดยบุคคลอื่น หรือไม่สามารถลงนามโดยรองรัฐมนตรีในกรณีรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจลงนาม เว้นแต่รองรัฐมนตรีรักษาการในตำแหน่งขณะนั้น *ad interim* หรือปฏิบัติราชการในตำแหน่งในขณะนั้น หรือในกรณีที่นายกรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจลงนาม ย่อมไม่สามารถลงนามโดยรัฐมนตรี
4. วันที่และสถานที่ ที่ลงนามในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers
5. ตราประทับอย่างเป็นทางการ ถึงแม้ว่าจะมีหรือไม่ก็ได้แต่ในทางปฏิบัติย่อมมีการประทับตราอย่างเป็นทางการเสมอ

หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ที่ออกให้ผู้ใด ผู้อื่นนำไปใช้ไม่ได้ เช่น รองตำแหน่งของผู้ นั้น หรือ ผู้กระทำการในนามบุคคลนั้น เว้นแต่ว่าบุคคลนั้นได้รับการแต่งตั้ง ระบุนามในหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วย ดังนั้นในทางปฏิบัติหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers มักจะระบุนาม

⁷⁴ Anthony Aust (2000) *Modern Treaty Law and Practice* Cambridge: University Press, p. 62.

ตั้งแต่ สองท่านขึ้นไปในทีมเจรจา หรือทำสนธิสัญญาด้วยเหตุผลที่ว่าหัวหน้าทีมเจรจา อาจจะจำเป็นต้องกลับไปราชการในประเทศหรือมีเหตุใดๆโดยกะทันหัน บุคคลอื่นที่ได้รับแต่งตั้ง และมีอำนาจเต็มในทีมเจรจา หรือทำสนธิสัญญาจะได้มีอำนาจในการดำเนินการต่อไปได้ในช่วงระยะเวลาสั้นๆ นั้น

ในกรณีที่ต้องการระหว่างประเทศเป็นภาคีที่จะต้องลงนาม หรือรับรองข้อบทของสนธิสัญญาด้วยองค์การระหว่างประเทศนั้นก็ต้องออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ให้แก่บุคคลที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนองค์การระหว่างประเทศนั้นด้วย และใครเป็นผู้มีอำนาจในการออกหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ก็จะเป็นไปตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ ตัวอย่างเช่นในกรณีของสหภาพยุโรปผู้มีอำนาจลงนามได้แก่เลขาธิการของคณะมนตรี หรือคณะกรรมการสหภาพยุโรป

การแต่งตั้งรัฐอื่นเป็นตัวแทนในการลงนามในสนธิสัญญา (Proxy Signature) ถึงแม้ว่ากรณีเช่นนี้จะเป็นกรณีพิเศษที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก แต่อาจจะมีบางรัฐที่ได้มอบหมายแต่งตั้งให้รัฐมนตรี หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นเป็นตัวแทนของรัฐผู้แต่งตั้งในการลงนามในสนธิสัญญา การแต่งตั้งดังกล่าวต้องกระทำโดยการทำหนังสือมอบอำนาจ และ หนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ด้วยในเวลาเดียวกัน เว้นแต่รัฐที่เจรจากันจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นตามสนธิสัญญา

การกระทำที่ไม่มีผลผูกพันตามกฎหมาย (Invalid Acts) มาตรา 8 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาบัญญัติว่า “การกระทำใดๆที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาทั้งปวงโดยบุคคลที่ไม่อาจจะพิจารณาได้ว่าเป็นผู้มีอำนาจตามมาตรา 7 ในฐานะที่เป็นตัวแทนของรัฐนั้นๆ การกระทำดังกล่าวไม่มีผลตามกฎหมายและไม่ผูกพันรัฐนั้นๆ เว้นแต่รัฐนั้นจะให้การรับรอง หรือให้สัตยาบันการกระทำของบุคคลนั้น” หรือต่อมา รัฐนั้นให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้น ก็เป็นการรับรอง และผูกพันตามผลของการกระทำที่บุคคลดังกล่าวกระทำไปในนามของรัฐ หรือมีการยอมรับโดยทางปฏิบัติได้แก่การปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ หรือได้มีการตีพิมพ์สนธิสัญญานั้นๆโดยรัฐดังกล่าวในฐานะภาคีของสนธิสัญญา

2. ความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนของรัฐในการทำสนธิสัญญา

หากมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนผู้มีอำนาจ เช่นไม่ได้ปฏิบัติตามกฎระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อจำกัดใดๆตามกฎหมายภายใน ในการแต่งตั้งผู้แทนในอันที่จะไปเจรจา ทำสนธิสัญญาให้ผูกพันรัฐนั้น ความไม่ถูกต้องดังกล่าวไม่เป็นข้อแก้ตัวในการที่รัฐจะไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ เว้นแต่ว่าข้อจำกัดดังกล่าวได้มีการบอกกล่าว แจ้งให้ภาคีของสนธิสัญญาทั้งหลายได้ทราบแล้ว ก่อนที่จะได้มีการแสดงเจตนาแต่งตั้งบุคคลดังกล่าว นั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.⁷⁵

⁷⁵ Art. 47 of the Vienna Convention 1969, Specific restrictions on authority to express the consent of a state, provided that “If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been

ปัญหาอีกประการหนึ่งเกี่ยวกับความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนในการทำสนธิสัญญา คือ ตามมาตรา 46⁷⁶ รัฐไม่อาจจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ในการแต่งตั้งผู้แทนของรัฐนั้นซึ่งได้รับการแต่งตั้งมาโดยไม่เป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐนั้นๆ มาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ผูกพันตามผลของสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นโดยการแสดงเจตนาของรัฐโดยผู้แทนบุคคลนั้น เว้นแต่ความไม่สมบูรณ์เพราะการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายในนั้นเป็นที่ทราบอย่างประจักษ์แจ้ง และการแต่งตั้งที่ไม่ชอบนั้นเป็นส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายภายในที่สำคัญอย่างยิ่งด้วย ส่วนการพิจารณาว่าความไม่ชอบในการแต่งตั้งนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์และเป็นข้อเท็จจริงที่เป็นหลักฐานต่อรัฐทั้งหลายในการทำสนธิสัญญานั้น ให้พิจารณาจากทางปฏิบัติอันเป็นปกติทั่วไป และการกระทำโดยสุจริตของรัฐทั้งหลายเหล่านั้นว่าย่อมเป็นการอันไม่สมบูรณ์ เมื่อเป็นที่เห็นชัดแจ้งเช่นนั้นแล้ว ก็พิจารณาได้ว่ารัฐนั้นไม่ต้องผูกพันตามผลของสนธิสัญญาที่ทำโดยบุคคลที่ไม่มีอำนาจ

5.6 การรับรองและยืนยันความถูกต้องของข้อบทในสนธิสัญญา

1. การยอมรับบทบัญญัติของสนธิสัญญา (Adoption)

เมื่อรัฐได้ตกลงในการเจรจาทำสนธิสัญญา ภาคิของสนธิสัญญาจะตกลงร่วมกันกำหนดทั้งรูปแบบ เนื้อหาสาระ เงื่อนไขข้อตกลง เพื่อร่างเป็นข้อบทของสนธิสัญญา และเพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่าภาคิตกลงตามข้อบทของสนธิสัญญานั้น ภาคิจะต้องรับรอง (Adopt) ร่างข้อบทสนธิสัญญานั้นๆ ที่ได้ร่วมกระทำขึ้นเสร็จแล้ว การยอมรับ หรือ รับรองข้อบทดังกล่าวเป็นขั้นตอนขั้นตอนกับการที่รัฐภาคิผูกพันตนตามสนธิสัญญา การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาที่ได้ร่วมกันเจรจาตกลงกันโดยภาคินี้ เป็นการยืนยันว่าข้อความ เงื่อนไข ถ้อยคำ ที่บรรจุอยู่ในสนธิสัญญาเป็นไปตามที่ได้เจรจากันไว้ทุกประการ และรัฐภาคิเห็นชอบตามที่ได้บัญญัติไว้เป็นข้อบทนั้นๆ แล้ว ทั้งนี้เพื่อป้องกันกันการขัดแย้ง หรือ การโต้แย้งในภายหลังว่าที่เจรจากันไปนั้นไม่ได้เขียนไว้เช่นนั้น จึงนับว่าขั้นตอนนี้มีความสำคัญมากเช่นกัน เป็นการรับรองและยืนยัน ความถูกต้องของข้อบทของสนธิสัญญาที่จะได้มีการลงนามผูกพันกันต่อไป หากเป็นการทำสนธิสัญญาทวิภาคิ ขั้นตอนการรับรองข้อบทของสนธิสัญญานี้มักจะกระทำกันอย่างไม่เป็นทางการมากนัก คู่ภาคิมักจะมีการพูดคุย พิจารณากันในการประชุมแล้วนำไปสู่การลงนามในสนธิสัญญา แต่หากการ

made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.”

⁷⁶ Art. 46 of the Vienna Convention 1969, Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties, provided that “(1) A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.

ทำสนธิสัญญานั้นประกอบด้วยภาคีหลายฝ่ายซึ่งร่วมในการพิจารณา ตกลงร่างข้อบทของสนธิสัญญา สาระสำคัญของสนธิสัญญา มาตราต่างๆที่ร่างขึ้น ก็มักจะได้รับการพิจารณาโดยภาคีที่ทั้งปวงร่วมกันมากฝ่าย อันทำให้ขั้นตอนนี้เป็นขั้นตอนที่สำคัญและเป็นทางการมากขึ้น กล่าวคือ โดยกฎระเบียบและทางปฏิบัติ ทั่วไปแล้ว การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาจะต้องได้รับความยินยอมจากทุกฝ่าย (consent of all States is needed) ในการที่จะรับรอง ข้อบทของสนธิสัญญานั้น (for the adoption of the text). ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 9 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “(1) การรับรองข้อบทของสนธิสัญญา กระทำโดยได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีทั้งปวงผู้เข้าร่วมในการร่างข้อบทสนธิสัญญานั้น เว้นแต่กรณี ที่บัญญัติไว้ในวรรค 2” ซึ่งในวรรค สองได้บัญญัติไว้ว่า “(2) การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาในการประชุม ระหว่างประเทศ ให้กระทำโดยการออกเสียงลงมติ โดยระบบเสียงข้างมาก สองในสามของผู้เข้าร่วม ประชุมและได้ออกเสียง เว้นแต่ที่ประชุมมีมติในระบบเสียงข้างมากดังกล่าวให้ใช้วิธีการหรือกฎเกณฑ์อื่น มาปรับใช้กับกรณี”⁷⁷ การใช้มติเอกฉันท์ในการรับรองข้อบทสนธิสัญญาที่ได้มาจากการร่างในการ ประชุมระหว่างประเทศนั้นเป็นไปได้ยาก และไม่เป็นไปตามทางปฏิบัติของรัฐโดยทั่วไป โดยเหตุนี้ อนุสัญญากรุงเวียนนาจึงได้บัญญัติให้ใช้มติเสียงข้างมากสองในสามของผู้เข้าร่วมประชุมและออกเสียง ดังกล่าวเป็นเกณฑ์ แต่ถ้าหากการทำสนธิสัญญาได้ยกร่างขึ้นภายในองค์การระหว่างประเทศ การรับรอง ข้อบทของสนธิสัญญาย่อมเป็นไปตามกฎเกณฑ์ในการออกเสียง หรือกฎระเบียบ ซึ่งกำหนดไว้ใน ข้อบังคับขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ⁷⁸ ทั้งนี้ตามที่ อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 5 ว่าด้วย สนธิสัญญาซึ่งก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ และสนธิสัญญาซึ่งได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่าง ประเทศ ได้บัญญัติไว้ว่า “อนุสัญญานี้ปรับใช้กับสนธิสัญญาใดๆซึ่งเป็นธรรมนูญขององค์การระหว่าง ประเทศ และรวมไปถึงสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่างประเทศ โดยที่ไม่ขัดต่อ กฎระเบียบ ข้อบังคับ ภายในขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆในส่วนที่เกี่ยวข้อง”

⁷⁷ Art. 9: Adoption of the text (1) The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2. (2) The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two-third of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

⁷⁸ Art. 5 of Vienna Convention 1969 and see ILC Commentary (Treaties), Art 8, para. (6) (YBILC(1966) , ii, pt 2,p. 195)

2. การรับรองและยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญา

(Authentication)

ข้อบทของสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองแล้ว ย่อมต้องมาสู่การยอมรับ หรือยืนยัน ในความถูกต้องแท้จริงของตัวข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ ว่ามีความถูกต้อง แน่นนอน ชัดเจน แห่งถ้อยคำ เป็นข้อบทที่ถูกต้อง (Authentic) แน่นนอน (Definitive) ที่แสดงถึงเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาฉบับนั้น และรัฐภาคีทั้งปวงที่เข้าร่วมเจรจาเมื่อได้รับรอง และยืนยันความถูกต้องแท้จริงของข้อบทสนธิสัญญาแล้วย่อมผูกพันตนปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ ในกรณีของสนธิสัญญาทวิภาคีที่ไม่มีความสลับซับซ้อนมากนัก การยอมรับความถูกต้องของข้อความ (Authentication) ก็ถือเป็นกระบวนการเดียวกับขั้นตอนการรับรองข้อบทของสนธิสัญญาไปด้วย และในขั้นตอนสุดท้ายเมื่อได้มีการลงนามในสนธิสัญญา ก็มีผลเป็นทั้งการยอมรับความถูกต้องของตัวข้อความ และเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐโดยสมัครใจ ในการที่จะผูกพันตนตามสนธิสัญญาด้วย อย่างไรก็ตามในอีกหลายกรณีโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาพหุภาคี จะเห็นว่าการยอมรับความถูกต้องของข้อความแห่งข้อบทในสนธิสัญญานี้แยกเป็นขั้นตอนต่างหาก โดยการนำข้อบทของสนธิสัญญาที่ยังไม่ได้มีการลงนามนั้น ประมวลเข้าไว้เป็นกรรมสารสุดท้ายที่เรียกว่า Final Act หรือข้อตกลงสุดท้ายของการประชุมระหว่างประเทศที่เจรจาร่างสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ให้รัฐภาคีทั้งหลายพิจารณาอนุมัติ รับรอง และยอมรับในความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ หรือจะเห็นได้ในกรณีที่มีการทำสนธิสัญญาภายในองค์การระหว่างประเทศ ข้อบทของสนธิสัญญาจะได้รับการรับรองภายในองค์การระหว่างประเทศนั้นๆ โดยได้รับการรับรอง⁷⁹ ความถูกต้องแห่งข้อความของข้อบทนั้นโดยการลงนามของประธานขององค์การระหว่างประเทศนั้นๆ นอกจากนั้นภาคีของสนธิสัญญาเองซึ่งได้ร่วมพิจารณาร่างข้อบทของสนธิสัญญานั้นอาจจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญา เกี่ยวกับขั้นตอน และวิธีการในการยอมรับความถูกต้องแท้จริงของสนธิสัญญาก็ได้ หรือจะได้ตกลงกันในการกำหนดวิธีการดังกล่าวร่วมกันก็ได้ หากไม่ได้กำหนดกันไว้เป็นประการใด ก็ให้ถือว่าสนธิสัญญานั้นมีความถูกต้องแท้จริงโดยมีการยอมรับความถูกต้องของสนธิสัญญาโดยวิธีการลงนามก็ดี (Signature) โดยการลงนามที่มีเงื่อนไขว่าต้องได้รับการยืนยันจากรัฐผู้ให้อำนาจเต็ม (Signature Ad referendum) ก็ดี หรือมีการลงนามย่อ (Initialing) โดยตัวแทนที่เข้าร่วมประชุม เสร็จจากร่างสนธิสัญญา หรือลงนามรับรองและยอมรับสนธิสัญญาที่ได้ประมวลเข้าไว้เป็นกรรมสารสุดท้าย Final Act ของที่ประชุมระหว่างประเทศที่พิจารณา

⁷⁹ การรับรองข้อบทของสนธิสัญญาอาจจะรับรองตัวสนธิสัญญาเป็นภาษาเดียว ส่วนการยอมรับในความถูกต้องของสนธิสัญญานี้ อาจจะกระทำได้ในหลายภาษา หมายความว่า มีการยอมรับว่า ข้อบทของสนธิสัญญาที่ถูกต้องแท้จริงได้กำหนดไว้ในหลายภาษา เช่นสนธิสัญญาฉบับที่ถูกต้องแท้จริงเป็นฉบับพากย์ภาษาอังกฤษ ฉบับพากย์ภาษาฝรั่งเศส ฉบับพากย์ภาษาจีน ฉบับพากย์ภาษาญี่ปุ่น เป็นต้น มีความถูกต้องแท้จริงทั้ง 4 พากย์ภาษา

ยกร่างข้อบทของสนธิสัญญานั้นๆ ก็ดี⁸⁰ หรือ ให้เป็นตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเป็นไปตามกฎระเบียบขององค์การระหว่างประเทศ หากเป็นกรณีที่มีการทำสนธิสัญญาภายในองค์การระหว่างประเทศดังได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ให้พิจารณาเป็นกรณีๆ ไป ทั้งนี้ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 10 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

การแสดงเจตนารมณ์ยอมรับร่วมกันของภาคีสถิตินสัญญาทั้งปวง สนธิสัญญาเป็นความตกลงที่ต้องอาศัยการยินยอมร่วมกันของภาคีแห่งสนธิสัญญา ดังนั้นข้อเสนอดังกล่าวโดยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งของสนธิสัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่เป็นที่ยอมรับของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ย่อมไม่บังเกิดผลบังคับตามกฎหมายและไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีเป็นสนธิสัญญา หรือการเจรจาในประเด็น หรือเรื่อง ที่เป็นสาระสำคัญของสนธิสัญญาในอนาคต (*Punctationes*) ที่ยังไม่มีข้อตกลงกันและภาคีอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ตกลงใจที่จะเข้าร่วมเจรจาท่าสนธิสัญญาด้วยย่อมไม่มีผล แต่ในกรณีนี้ขอให้เข้าใจด้วยว่าแตกต่างจากกรณี การทำสนธิสัญญาเบื้องต้น (*Preliminary treaty*) ซึ่งภาคีของสนธิสัญญาได้ร่วมตกลงในบางประเด็นเป็นที่แน่นอนแล้ว ส่วนประเด็นอื่นๆปล่อยให้ไปเป็นไปตามความตกลงที่จะเจรจากันจนกว่าจะได้ข้อบทที่แน่นอนแล้วในสนธิสัญญาที่จะลงนามกันในภายหลัง และอีกกรณีคือ สนธิสัญญาที่เรียกว่า *A pactum de contrahendo* ซึ่งหมายถึงความตกลงในประเด็นใดประเด็นหนึ่งจนเป็นที่ยอมรับกันแล้ว เพื่อที่จะประมวลลงในข้อบทของสนธิสัญญาที่จะตกลงทำกันภายหลัง⁸¹ ทั้งสองกรณีนี้ถือว่าเป็นความตกลงที่ภาคีของสนธิสัญญาเห็นพ้องร่วมกันแล้วและมีฐานะเป็นสนธิสัญญา จากผลของสนธิสัญญา *A Pactum de Contrahendo* ภาคีที่ตกลงทำสนธิสัญญานี้ต้องรับเอาความผูกพันที่ได้กระทำขึ้นดังกล่าวในการที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือการดำเนินการใดๆ ที่จะได้ทำขึ้นในภายหลัง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการรับเอาผลของสนธิสัญญาที่จะได้กระทำขึ้นในอนาคตโดยรัฐภาคีอื่นๆ และถือว่าเป็นความผูกพันตามกฎหมายโดยชัดแจ้ง เช่นตามมาตรา 7 ของสนธิสัญญาสันติภาพ ปี 1951 ญี่ปุ่นตกลงยอมรับผลของสนธิสัญญาต่างๆ ที่รัฐพันธมิตรทั้งหลายได้กระทำขึ้น หรือที่จะได้กระทำขึ้นในอนาคต ในอันที่จะยุติสงคราม ตลอดจนการดำเนินการใดๆ ที่รัฐพันธมิตรทั้งหลายได้

⁸⁰ Vienna Convention 1969, Art. 10 "Authentication of the text" provided that "The text of a treaty is established as authentic and definitive: (a) by such procedure as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or (b) failing such procedure, by the signature, signature *as referendum* or initialing by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

⁸¹ ตัวอย่างเช่นมาตรา 2 วรรค 2 ของสนธิสัญญาลงวันที่ 2 มีนาคม 1936 ระหว่างสหรัฐอเมริกากับปานามา ซึ่งบัญญัติว่าการใช้ประโยชน์ของที่ดิน และน้ำ เพิ่มเติมมากไปกว่าที่ได้เข้าใช้และทำประโยชน์ซึ่งได้พิสูจน์แล้วว่ามีคามจำเป็นสำหรับการเข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับชุดคลอง คู่ภาคีของสนธิสัญญาจะต้องตกลงกันบนพื้นฐานของความตกลงว่าด้วยมาตรการที่ได้กำหนดร่วมกันแล้ว AJ, 34 (1940). Suppl, p. 140. และโปรดดู มาตรา 4(1) และมาตรา 5 (2) ของสนธิสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาทกับประเทศเยอรมนี 1990 (ILM, 29 (1990), p. 1186) ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเรื่องพันธกิจในการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญา อันนอกเหนือจากพันธกิจในส่วนที่ว่าด้วยการบรรลุความตกลงในสนธิสัญญา เป็นต้น ซึ่งได้กำหนดหลักการ และระเบียบข้อปฏิบัติไว้ล่วงหน้าแล้ว

กระทำไปในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญาสันติภาพนั้น⁸² และในมาตรา 9 เป็นผลให้ญี่ปุ่นต้องผูกพันที่จะเข้าร่วมเจรจากับประเทศพันธมิตรทันที และโดยสุจริต ในกรณีที่เกี่ยวข้องอื่นๆด้วยได้แก่ เรื่องการประมง และความสัมพันธ์ทางการค้า พาณิชย์ (มาตรา 12) และการบินพลเรือน (มาตรา 19) ตัวอย่างต่อไปได้แก่เรื่องความตกลงร่วมมือกันในการกำหนดโครงการ การประชุมระหว่างประเทศเพื่อการเจรจาสนธิสัญญาพหุภาคี ทั้งนี้ตาม มาตรา 3 ของความตกลง แองโกล-อเมริกา ว่าด้วยเรื่องปีโตรเลียมลงวันที่ 24 กันยายน 1945 อีกตัวอย่างได้แก่ สนธิสัญญา A Pactum de Contrahendo ในการวางหลักเกณฑ์สำหรับเป็นข้อบทพื้นฐานในการเจรจาตกลงทำสนธิสัญญาต่อไป เช่น มาตรา 8 ของสนธิสัญญา ระหว่างจีนกับอังกฤษ ลงวันที่ 11 มกราคม 1943 ซึ่งตกลงให้อังกฤษยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตในจีน และกำหนดความผูกพันของภาคีในการที่จะเจรจาทำสนธิสัญญาสมัยใหม่แทน เป็นสนธิสัญญาไมตรี การค้า พาณิชย์ และการเดินเรือ และสิทธิกงสุล โดยให้สนธิสัญญาที่จะกระทำต่อกันนั้นต้องตกลงเจรจาให้เป็นไปตามแนวทางปฏิบัติของรัฐที่สอดคล้องกับประเพณี ปฏิบัติตามกฎหมายสมัยใหม่ อยู่บนหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นไปตามที่แต่ละรัฐภาคีได้ปฏิบัติต่อรัฐคู่ภาคีในสนธิสัญญาอื่นๆที่แต่ละฝ่ายได้ทำสนธิสัญญาในขณะนั้น

5.7 การให้ความยินยอมและผูกพันตามผลของสนธิสัญญา

หลังจากที่รัฐภาคีได้เจรจา (Negotiation) ตกลง และยกร่าง (Draft) สนธิสัญญา ตลอดจนพิจารณาร่างสนธิสัญญา จนได้ข้อบทของสนธิสัญญาตามที่รัฐภาคีเห็นชอบแล้ว ภาคีทั้งหลายก็จะให้การรับรองร่างสนธิสัญญา (Adoption) ที่เรียกว่าเป็นการรับรองชั่วคราว และให้ความเห็นชอบรับรองความถูกต้องแท้จริงของข้อบทของสนธิสัญญา (Authentication) ตามที่ได้ตกลงกันนั้น ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว ขั้นตอนต่อไปคือการที่รัฐภาคีพร้อมที่จะแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา (Expressing consent to be bound by the treaty) อันเป็นการรับรองขั้นสุดท้าย ซึ่งการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นสามารถกระทำได้หลายวิธี ซึ่งวิธีที่ได้รับความนิยม และเป็นทางปฏิบัติของรัฐส่วนใหญ่ ได้แก่ การลงนาม (Signature) การแลกเปลี่ยนตราสารสัน (Exchange of instruments) การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) นอกจากนั้นการให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของภาคีของสนธิสัญญายังอาจจะกระทำได้โดยวิธีอื่นๆตามที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาจะได้ตกลงกัน หรืออาจจะโดยวิธีอื่นใดตามกฎหมาย

⁸² โปรดดู TS No.33 (1952) อีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่ กรณี Sonderhoff v Ministry of Finance, ILR, 26 (1958- II), p. 573.

ระหว่างประเทศ⁸³ ทั้งนี้ได้มีบทบัญญัติกำหนดวิธีการต่างๆในการให้ความยินยอมผูกพันสนธิสัญญาไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 11⁸⁴ ซึ่งจะได้อธิบายโดยลำดับดังต่อไปนี้

1. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม (Signature)

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามนี้ หมายถึงการลงนามเต็ม (Full signature) โดยผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐ หรือบุคคลที่มีอำนาจโดยตำแหน่ง โดยการลงนามดังกล่าวนั้นเป็นการให้ความยินยอมที่แน่นอน (definitive consent) ซึ่งการลงนามนี้เป็นการลงนามชนิดที่ไม่ตกอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน (Ratification) การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) อีกครั้งหนึ่งโดยรัฐนั้นๆ ซึ่งบางกรณีรัฐที่ให้อำนาจอาจจะกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเช่นนั้น และในกรณีเช่นว่านี้การลงนามโดยผู้แทนในสนธิสัญญาจะยังไม่ผูกพันรัฐจนกว่ารัฐจะได้กระทำการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้วนั้น การลงนามโดยมีเงื่อนไขดังกล่าวเรียกว่า *Signature ad referendum*

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 มาตรา 12 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนาม ดังต่อไปนี้

(1) การแสดงเจตนาของรัฐในอันที่จะผูกพันตามสนธิสัญญากระทำได้โดยการลงนามของผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มของรัฐนั้น ซึ่งรัฐย่อมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นเมื่อ

(ก) สนธิสัญญาได้กำหนดไว้เช่นนั้น กล่าวคือในสนธิสัญญานั้นได้กำหนดว่าการลงนามในสนธิสัญญามีผลเท่ากับการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

(ข) รัฐที่ร่วมเจรจาในสนธิสัญญาทั้งปวงนั้นได้ตกลงไว้ว่า การลงนามในสนธิสัญญามีผลเท่ากับการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

(ค) ปรากฏตามหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ซึ่งได้แสดงเจตนาของรัฐเช่นนั้นว่า รัฐให้อำนาจเต็มแก่ผู้แทนในการลงนามในสนธิสัญญา มีผลเท่ากับการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือมีการแสดงเจตนารมณ์ดังกล่าวในระหว่างการเจรจาเพื่อทำสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้น ว่าเป็นการลงนามของตัวแทนของรัฐนั้นเท่ากับมีผลผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาที่ตัวแทนได้ลงนาม

⁸³ ในกรณีที่รัฐสืบทิธิในผลของสนธิสัญญาจากรัฐแม่ที่ได้ทำสนธิสัญญาและมีผลผูกพันกันมาก่อนกับรัฐภาคีอื่น รัฐที่สืบทิธิในสนธิสัญญานั้นไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนารมณ์ให้ความยินยอมผูกพันสนธิสัญญานั้นอีก เพราะรัฐนั้นผูกพันต่อสนธิสัญญาโดยการสืบทิธิดังกล่าวแล้ว นับว่าเป็นกรณียกเว้นกรณีหนึ่ง

⁸⁴ Vienna Convention on the Law of Treaty 1969 Art. 11 Means of expressing consent to be bound by a treaty: The consent of a State may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

นอกจากนั้น มาตรา 12 วรรค (2) บัญญัติว่า ภายใต้วรรค (1) ดังกล่าวข้างต้น คือกรณีต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการแสดงเจตนาของรัฐยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา เมื่อ

(ก) ได้มีการลงนามย่อในสนธิสัญญาที่ถือว่าเท่ากับการลงนาม หากรัฐภาคีที่เจรจาสนธิสัญญานั้นๆ ตกลงเช่นนั้น

(ข) การลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการยืนยันอีกครั้งหนึ่งโดยรัฐที่มอบอำนาจแก่บุคคลนั้น (*Signature ad referendum*) และต่อมาได้รับการยืนยัน (Confirmation) เช่นว่านั้นจากรัฐนั้น ให้มีผลเท่ากับการลงนามเต็มในสนธิสัญญาโดยผู้แทนของรัฐนั้น

ดังนั้นจากบทบัญญัติข้างต้นตาม มาตรา 11 และ 12 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 จึงสรุปได้ว่านอกเหนือจากการให้การยืนยันในความถูกต้องแท้จริง (Authentication) ของสนธิสัญญาแล้ว การลงนามโดยผู้แทนผู้มีอำนาจเต็มที่กระทำการภายในกรอบอำนาจที่ได้รับมอบมาแล้วจากรัฐภาคีของสนธิสัญญาผู้มอบอำนาจนั้น ถือว่าเป็นการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐนั้นๆ ทั้งนี้ อาจเป็นไปตามที่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้ หรือโดยความตกลงของรัฐภาคีของสนธิสัญญาที่ร่วมเจรจาสนธิสัญญานั้นๆ หรือเป็นไปตามอำนาจที่กำหนดไว้ในหนังสือมอบอำนาจเต็มโดยรัฐที่มอบอำนาจ หรือโดยการแสดงเจตนาของรัฐภาคีนั้นในระหว่างที่มีการเจรจาสนธิสัญญา นอกจากนั้นในกรณีที่มีการลงนามย่อโดยตัวแทนของรัฐ ภาคีของสนธิสัญญาที่เจรจาสนธิสัญญาอาจตกลงให้ถือว่าการลงนามย่อนั้นมีผลเท่ากับการลงนามเต็ม หรือ ในกรณีที่เป็นการลงนามโดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการยืนยัน (confirmation) ในภายหลัง ต่อมาเมื่อได้มีการยืนยันเช่นนั้นแล้วก็ให้ถือว่าการลงนามนั้นเท่ากับการลงนามเต็ม (Full signature) มีประเด็นที่จะต้องทำความเข้าใจคือการยืนยัน (Confirmation) ที่ว่านี้หมายถึงการยืนยันในลายมือชื่อที่ลงนามโดยมีเงื่อนไขให้เป็นการลงนามเต็ม ไม่ใช่เป็นการยืนยันรับรองในตัวสนธิสัญญา กรณีนี้อาจจะเกิดข้อโต้แย้งในกรณีที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการให้สัตยาบัน ก็จะทำให้เกิดปัญหาให้พิจารณาว่าสนธิสัญญามีผลผูกพันรัฐเมื่อลงนามซึ่งได้มีการแสดงเจตนายืนยันโดยรัฐ หรือเมื่อได้ให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง ต้องถือว่าต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง เพราะการยืนยันตอนแรกนั้นเป็นการยืนยันลายมือชื่อที่ลงนามโดยมีเงื่อนไขนั่นเอง แต่ถ้าไม่มีการกำหนดให้ต้องมีการให้สัตยาบัน เพียงการลงนามภายใต้มาตรา 12 วรรค 1 และวรรค 2 ก็ถือว่ารัฐได้แสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว

2. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนตราสาร

สนธิสัญญาบางฉบับเกิดขึ้นโดยการแลกเปลี่ยนตราสาร⁸⁵ การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการแลกเปลี่ยนตราสาร อันจะก่อให้เกิดสนธิสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อ

⁸⁵ Art.13 of the Vienna Convention: Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments constituting a treaty, The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by that exchange when:

(ก) ตราสารที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญานั้นมีบทบัญญัติกำหนดไว้ว่า การแลกเปลี่ยนตราสารดังกล่าวมีผลเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือ

(ข) รัฐภาคีของสนธิสัญญาที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญาดังกล่าวได้ตกลงกันว่า การแลกเปลี่ยนตราสารระหว่างกันนั้นมีผลเป็นการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันสนธิสัญญา

การแลกเปลี่ยนตราสารนั้นมักจะกระทำในกรณีที่มีรัฐภาคีของสนธิสัญญาน้อยฝ่าย เช่น สนธิสัญญาทวิภาคี หรือสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีภาคีไม่มากนัก แต่ก็ไม่เป็นกฎเกณฑ์แน่นอนเสมอไป ตราสารที่แลกเปลี่ยนกันนั้นอาจจะเป็นบันทึก หรือหนังสือ (Exchange of Notes or Letters).

3. การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบัน

(Ratification)

อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969 ได้ให้บทนิยาม การให้สัตยาบัน (Ratification) และการกระทำอื่นๆที่ถือว่ารัฐภาคี แสดงเจตนาให้มีความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา อันได้แก่ การยอมรับ (Acceptance) การให้ความเห็นชอบ (Approval) การภาคยานุวัติ (Accession) ว่า หมายถึง การกระทำในทางระหว่างประเทศ ในลักษณะใดลักษณะหนึ่งซึ่งมีชื่อเรียกดังกล่าวเพื่อเป็นการให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา⁸⁶

1. ความจำเป็นในการให้สัตยาบัน

ความจำเป็นในการให้สัตยาบัน มีหลายประการ กล่าวคือหลังจากที่รัฐได้เจรจา ตกลง ทำสนธิสัญญาแล้ว และได้รับรองข้อบทในสนธิสัญญา ตลอดจนได้บรรลุข้อบทที่แน่นอนแล้ว (A definitive text) รัฐจำเป็นที่จะต้องใช้เวลาในการพิจารณา ทบทวนก่อนที่จะให้ความยินยอมขั้นสุดท้ายผูกพันรัฐต่อสนธิสัญญา หรือการรับรองขั้นสุดท้าย โดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

(1.) รัฐจะได้มีเวลาในการพิจารณาทบทวนทั้งในส่วน of ข้อบทในแต่ละมาตราซึ่งเป็นข้อบทที่แน่นอนแล้วให้ละเอียดรอบคอบอีกครั้งหนึ่ง และพิจารณาถึงผลประโยชน์โดยรวมของสนธิสัญญาต่อผลประโยชน์ของประเทศชาติ

(a) The instruments provide that their exchange shall have that effect; or (b) it is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

⁸⁶ Art. 2 (1) (b) "Ratification", "Acceptance", "Approval", and "Accession" mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty"

(2) รัฐจะได้ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย ภายในของรัฐให้ถูกต้อง เช่น ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁸⁷ การทำสนธิสัญญาชนิดที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติเสียก่อน ก็จะต้องดำเนินการไปตามนั้น ตลอดจนดำเนินการตามขั้นตอน กฎระเบียบ หรือกฎหมายอื่นๆที่เกี่ยวข้อง หากมี เช่นในบางกรณีหากเป็นสนธิสัญญาที่มีความสำคัญและกระทบต่อผลประโยชน์ของประชาชนโดยตรง รัฐอาจจะต้องดำเนินการเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงประชามติ หรือการทำประชามติเพื่อประเมินในผลความผูกพันของรัฐตามสนธิสัญญานั้นๆ ต่อประโยชน์โดยรวมของประเทศชาติ บ้านเมืองและมวลชน

(3) รัฐจะต้องดำเนินการเพื่อกฎหมายภายในมารองรับเพื่อให้การปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นไปโดยถูกต้องตามกฎหมาย หรือออกกฎหมายบังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญานั้น หรือออกกฎหมายอนุวัติการตามสนธิสัญญา เป็นต้น

2. บทบาทของการให้สัตยาบัน

บทบาทของการให้สัตยาบัน คือกระบวนการ หรือขั้นตอนที่กำหนดให้รัฐแสดงเจตนารมณ์ให้ความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญา ดังนั้นหากในสนธิสัญญาใดที่มีการกำหนดให้ต้องมีการให้สัตยาบันกันก่อน สนธิสัญญาจึงจะผูกพันรัฐนั้น หากรัฐภาคีใดยังไม่ได้ให้สัตยาบัน รัฐนั้นก็ยังไม่ต้องผูกพันตามสนธิสัญญา แม้ว่ารัฐนั้นจะได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้วก็ตาม แต่ไม่ได้หมายความว่าสนธิสัญญานั้นไม่มีผลทางกฎหมายเลย และต้องทำความเข้าใจ ณ. ที่นี้ด้วยว่า ในกรณีที่ไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน การลงนามในสนธิสัญญาก็มีผลเป็นการแสดงเจตนาของรัฐในการผูกพันตามสนธิสัญญาดังที่ได้ศึกษามาแล้วตามมาตรา 12 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งเป็นการรับรองขั้นสุดท้ายเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา โดยไม่ต้องมีการให้สัตยาบันอีกเพราะมีไชกรณี รัฐภาคี หรือในสนธิสัญญา ตลอดจนกรณีอื่นๆ ตามมาตรา 14 ได้กำหนดไว้ว่าต้องมีการให้สัตยาบันอีก ดังนั้นต้องศึกษาว่ากรณีไหนบ้างที่การแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐจะต้องมีการให้สัตยาบัน

มาตรา 14 (1) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติไว้ว่า การแสดงความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการให้สัตยาบันนั้นต้องกระทำต่อเมื่อ

⁸⁷ รัฐธรรมนูญของแต่ละประเทศบัญญัติเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาแตกต่างกัน และกรณีการทำสนธิสัญญาที่จะต้องผ่านการอนุมัติของสภานิติบัญญัติก็ไม่เหมือนกัน ตัวอย่างเช่นรัฐธรรมนูญของประเทศอังกฤษที่กำหนดให้นำสนธิสัญญาที่ลงนามแล้วเสนอต่อสภานิติบัญญัติ เพื่อให้พิจารณาเป็นเวลา 21 วันก่อนที่จะมีการให้สัตยาบัน ที่เรียกว่า Ponsonby Rule กฎเกณฑ์ดังกล่าวได้มีการยกเลิกไปชั่วคราวในปี 1924 เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล แต่ต่อมาได้มีการฟื้นฟูให้มีการบังคับใช้ และปฏิบัติอีกครั้งในปี 1929 นอกจากนั้นยังมีกฎหมาย หรือบทบัญญัติ บางฉบับที่บัญญัติว่าสนธิสัญญาบางประเภทจะต้องผ่านการอนุมัติโดยสภาเสียก่อนรัฐบาลอังกฤษจึงจะให้สัตยาบันได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับการเลือกตั้งสภายุโรป (European Assembly Election Act). เป็นต้น

- (ก) สนธิสัญญานั้นกำหนดไว้ว่าการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวให้กระทำโดยการให้สัตยาบัน
- (ข) รัฐภาคีซึ่งเจรจาสนธิสัญญานั้นตกลงกันให้ต้องมีการให้สัตยาบัน
- (ค) ตัวแทนผู้รับมอบอำนาจซึ่งได้ลงนามในสนธิสัญญานั้น จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่จะต้องมีการให้สัตยาบันโดยรัฐอีกครั้งหนึ่ง รัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญานั้น
- (ง) ปรากฏตามหนังสือมอบอำนาจเต็ม Full Powers ซึ่งแสดงเจตนารมณ์ของรัฐว่าการลงนามในสนธิสัญญาของตัวแทนนั้นจะต้องมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งรัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญา หรือในระหว่างที่มีการเจรจากันนั้น รัฐภาคีดังกล่าวได้แสดงเจตนาเช่นนั้น

อย่างไรก็ตาม ไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงข้อบทของสนธิสัญญาในกระบวนการให้สัตยาบัน⁸⁸ หมายความว่า ข้อบทของสนธิสัญญาที่ได้รับการรับรองแล้ว และยืนยันในความถูกต้องสมบูรณ์แล้วนั้น เป็นข้อบทที่แน่นอนแล้วของสนธิสัญญา จึงไม่สามารถที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลง เพื่อ เป็นเงื่อนไขในการให้สัตยาบัน การให้สัตยาบันจึงเป็นการยืนยันที่รัฐจะให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ตกลงเช่นนั้นแล้ว ดังนั้นหากรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ หรือรัฐจะเสียเปรียบก็เพียงแต่ไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นๆ

การให้สัตยาบันอาจจะกระทำโดยการปฏิบัติตามสนธิสัญญาก็ได้⁸⁹ หรือโดยการแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง ซึ่งมีผลให้สนธิสัญญามีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการลงนามในสนธิสัญญา ไม่ใช่ นับตั้งแต่วันที่มีการให้สัตยาบันเว้นแต่ในสนธิสัญญา หรือโดยรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาจะได้อำนาจ หรือ ตกลงกันเป็นอย่างอื่น ในกรณีดังกล่าวข้างต้นนี้ทำให้ไม่มีความแตกต่างระหว่างสนธิสัญญาที่ต้องและไม่ต้องให้สัตยาบัน การให้สัตยาบันเป็นเพียงการให้การยืนยันอีกครั้งหนึ่งเป็นที่แน่นอนว่ารัฐจะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ได้เข้าร่วมตกลงด้วย หากเห็นชอบเป็นที่สุดแล้ว และได้มีการยืนยัน สนธิสัญญาย่อมมีผลผูกพันตั้งแต่วันที่ลงนามในสนธิสัญญานั้นๆ ดังกล่าวมาแล้ว เว้นแต่จะตกลงกันเป็นประการอื่น

ถึงแม้ว่ากฎหมายจะไม่บังคับว่าจะต้องมีการให้สัตยาบันเสมอไปก็ตาม แต่ก็มีเหตุผลที่สนับสนุนว่าการลงนามนั้นควรที่จะมีการให้สัตยาบัน มิใช่เป็นเพียงขั้นตอนอย่างเป็นทางการของการทำสนธิสัญญาขั้นตอนหนึ่งเท่านั้น ดังที่ได้อธิบายความจำเป็น หรือเหตุผลในการกำหนดให้มีการให้สัตยาบันในสนธิสัญญาแล้ว จึงมีความเห็นที่แตกต่างกันว่านอกเหนือจากกรณีตามมาตรา 14 แล้วจะต้อง

⁸⁸ Jennings and Watts (eds.) (1993) Oppenheim's International Law, 9th ed. Vol.1. Parts 2-4, p. 1228.

⁸⁹ Ibid: A treaty may be tacitly ratified by its execution, that it is always dated from the day when it was duly signed by the representatives, and not from the day of its ratification, and that there is no essential difference between such treaties as need, and such as do not need, ratification.

มีการให้สัตยาบันหรือไม่ ฝ่ายหนึ่ง⁹⁰ มีความเห็นว่า หากเป็นกรณีอื่นๆ ซึ่งมีได้มีการกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายว่าต้องมีการให้สัตยาบันแล้ว ตามกฎเกณฑ์ทั่วไปในทางระหว่างประเทศก็ไม่จำเป็นที่จะต้องมีการให้สัตยาบัน แต่อีกฝ่ายหนึ่ง⁹¹ กลับมีความเห็นตรงกันข้ามว่าการทำสนธิสัญญานั้นต้องมีการให้สัตยาบันโดยรัฐภาคีเสมอ แม้จะไม่ได้กำหนดไว้เช่นนั้นก็ตามเว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้ไม่ว่าโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยาย ไว้ในสนธิสัญญา เป็นอย่างอื่นซึ่งเป็นการยกเว้นหลักเกณฑ์ทั่วไปนี้ ตัวอย่างเช่น กรณีการพิจารณาเกี่ยวกับเขตอำนาจของคณะกรรมการระหว่างประเทศว่าด้วยระเบียบเกี่ยวกับแม่น้ำ (The Territorial jurisdiction of the International Commission of the River Order, 1929) ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ถ้อยคำว่า “Drawn up” ซึ่งใช้ในสนธิสัญญาแวร์ซาย มาตรา 338 ซึ่งอ้างถึงสนธิสัญญา นั้น หมายถึงอนุสัญญา หรือสนธิสัญญาใดๆ ที่ได้ลงนามและให้สัตยาบันโดยชอบแล้ว ศาลได้ชี้ว่า เว้นแต่จะได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญาให้เป็นประการอื่น รัฐภาคีของสนธิสัญญาซึ่งได้แสดงเจตนาที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา จะต้องปฏิบัติตามระเบียบ กฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นหลักทั่วไป และหนึ่งในหลักเกณฑ์เหล่านั้น คือการให้สัตยาบัน กล่าวคือสนธิสัญญาจะผูกพันรัฐภาคีก็แต่โดยการให้สัตยาบัน เว้นแต่ในกรณีเฉพาะที่ได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น⁹² อย่างไรก็ตามในปัจจุบันปัญหาก็เกิดจากความเห็นที่ขัดแย้งดังกล่าวได้ลดน้อยลงอย่างมากเนื่องจากโดยทางปฏิบัติทั่วไปของรัฐมักจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในส่วนที่เกี่ยวกับการผูกพันตามสนธิสัญญา และการมีผลบังคับของสนธิสัญญา นอกจากนั้นแนวโน้มที่ยอมรับแนวความคิดที่สองที่วางหลักเกณฑ์ทั่วไปว่าต้องมีการให้สัตยาบันสนธิสัญญาก่อนจึงจะมีผลผูกพันรัฐ เว้นแต่จะกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเป็นอย่างอื่นนั้น จะมีการยอมรับมากกว่า ดังนั้นหากสนธิสัญญาใดที่กำหนดไว้เป็นข้อยกเว้นแนวความคิดที่สองก็ต้องมีการให้สัตยาบัน สนธิสัญญานั้นจะต้องมีการบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กรณีสนธิสัญญามิตรภาพ การช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และความร่วมมือภายหลังสงครามระหว่างโซเวียตรัสเซีย กับเชคโกสโลวาเกีย ลงนามเมื่อวันที่ 12 ธันวาคม 1943 นั้น สนธิสัญญาได้กำหนดว่าให้สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลบังคับทันทีที่ได้มีการลงนามระหว่างกัน ในสนธิสัญญา แต่ก็ยังระบุว่าให้แต่ละฝ่ายให้สัตยาบันด้วยในโอกาสที่จะกระทำได้โดยเร็วที่สุด ซึ่งในกรณีนี้เป็นเพียงการปฏิบัติตามระเบียบเท่านั้น ส่วนทางปฏิบัติของอังกฤษนั้นการให้สัตยาบันนั้นกลับไม่ใช่สิ่งที่จำเป็น⁹³ การแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าไม่ต้องการให้สัตยาบันกันนั้น จะต้องกระทำโดยตัวแทนผู้มีอำนาจเต็มซึ่งได้รับมอบอำนาจโดยชอบจากรัฐภาคีให้แสดงเจตนาเช่นนั้น มิฉะนั้นจะเกิดกรณีเป็นที่สงสัยว่าจะต้องให้สัตยาบันหรือไม่ ส่วนการงดเว้นไม่ต้องการให้สัตยาบันโดย

⁹⁰ Fitzmaurice, BY 15 (1934), pp. 113-29.

⁹¹ Mc Nair, Treaties, pp 133-4. “The Pan American Convention on Treaties 1928 provides that treaties are binding only after ratification even if the full powers or the treaty itself do not contain this condition (Art. 5)”.

⁹² Series A, No. 23, pp.17-21. และโปรดดู Harv Research (1935), part III, Art. 7, p.756.

⁹³ Mc Nair, Treaties, pp. 136-8. และโปรดดู Re Dame Nguyen Huu Chau (1959), ILR, 28, p. 436.

ปริญญานั้น อาจจะพิจารณาได้โดยอนุมานจากสถานการณ์แวดล้อม เช่นบางกรณีจะหลีกเลี่ยงไม่ใช้คำว่า สนธิสัญญาเพื่อที่จะไม่ต้องมีการให้สัตยาบัน เมื่อกฎหมายภายในกำหนดว่าการทำสนธิสัญญา หรือ อนุสัญญาต้องมีการให้สัตยาบัน เป็นต้น หรือในบางกรณี เมื่อรัฐภาคีได้ตกลงทำข้อตกลงที่เพิ่มเติมใน ส่วนรายละเอียดปลีกย่อย หรือตกลงให้มีการตีความสนธิสัญญาที่ทำไว้เดิมเพื่อให้มีความแน่ชัดขึ้น เท่านั้น ซึ่งได้ยอมรับร่วมกันในส่วนสาระสำคัญในสนธิสัญญาเดิมไปแล้ว การทำความตกลงเพิ่มเติม ดังกล่าวก็ไม่ต้องมีการให้สัตยาบันกันอีก เว้นแต่คู่ภาคีจะได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น

การลงนามในสนธิสัญญาโดยตัวแทนผู้มีอำนาจเต็ม

รัฐได้มีบทบาทอย่างมากในการกำหนดขอบเขตและกลไกต่างๆ ในสนธิสัญญาตลอดจนกำหนด มาตรการ หรือมติ ในเรื่องที่สำคัญๆ เช่น การภาคยานุวัติ การตั้งข้อสงวน การกำหนดเงื่อนไขในการให้ สนธิสัญญามีผลบังคับ ตลอดจนข้อกำหนดอื่นๆ ในทำนองเดียวกัน รัฐภาคีที่ลงนามในสนธิสัญญาถึงแม้จะ ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน ก็อาจจะใช้อำนาจโดยชอบคัดค้าน การตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีอื่นที่ได้ตั้งข้อ สงวนผนวกไว้ในสนธิสัญญาในการที่จะเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้นๆ นักกฎหมายบางท่านอาจจะเห็น ว่าการให้สัตยาบันตัวสนธิสัญญาเป็นกระบวนการส่วนหนึ่งกับการให้การยืนยัน รับรอง การลงนามในสนธิสัญญา แต่ ไม่ว่าความเห็นเกี่ยวกับเรื่องนี้จะเช่นไรก็ตามแต่ผลประการหนึ่ง คือ การที่ต้องมีการให้สัตยาบันทำ ให้ การลงนามเพียงประการเดียวมีผลให้ คุณค่าทางกฎหมาย และการมีผลของการลงนามลดน้อยลง กล่าวคือต้องอยู่ภายใต้การให้สัตยาบัน รัฐจึงจะผูกพันตามสนธิสัญญาอย่างสมบูรณ์

การให้สัตยาบันล่าช้า (Delay in Ratification)

เว้นแต่ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยชัดแจ้งว่ารัฐภาคีต้องให้สัตยาบัน หรือ ปฏิเสธการให้ สัตยาบัน ภายในระยะเวลาที่กำหนด รัฐภาคีจึงต้องกระทำการดังกล่าวภายในระยะเวลาเช่นนั้น⁹⁴ โดย ปกติหากไม่ได้กำหนดเวลาไว้แน่นอนเช่นนั้น มักจะให้รัฐภาคีให้สัตยาบันในเวลาอันสมควร ส่วน ระยะเวลาอันเท่าใดที่ถือว่าเป็นระยะเวลาอันสมควรนั้นไม่มีมาตรการกำหนดไว้เป็นที่แน่นอน ดังนั้นแม้ หากมีรัฐใดไม่ได้ให้สัตยาบันในเวลาอันสมควรก็ตาม หากภายหลังรัฐนั้นประสงค์ที่จะให้สัตยาบันก็ยังคง กระทำได้อยู่ ในบางกรณี แม้เวลาจะผ่านไปหลายปีแล้วก็ตาม แต่รัฐภาคีก็ยังคงมาให้สัตยาบันได้ เช่น สหรัฐอเมริกา ได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1975 ในพิธีสารเจนีวาปี 1927 ว่าด้วยการห้ามใช้สารพิษ และแก๊ส

⁹⁴ เช่นกรณีสนธิสัญญา Costa Rica-Nicaragua Boundary Arbitration (1888), Moore, *International Arbitrations*, p. 1946, เมื่อรัฐภาคีไม่ได้ให้สัตยาบันภายในระยะเวลาที่กำหนด อนุญาโตตุลาการในคดีดังกล่าวชี้ขาดว่า สนธิสัญญาดังกล่าวย่อมเป็น โมฆะสิ้นผลไป อีกตัวอย่างได้แก่ มาตรา 2 ของสนธิสัญญาว่าด้วยการภาคยานุวัติของเดนมาร์ก ไอร์แลนด์ นอร์เวย์ และอังกฤษ ในสนธิสัญญาประชาคมยุโรป และ EURATOM 1972 ได้กำหนดให้รัฐดังกล่าวให้สัตยาบัน หรือปฏิเสธการให้สัตยาบันในวันที่ กำหนดไว้ ซึ่งนอร์เวย์ไม่ให้สัตยาบันภายในเวลาที่กำหนด และไม่เข้าเป็นภาคีของประชาคมยุโรปในเวลานั้น

พิษในการทำสงคราม และได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1988 ในอนุสัญญาปี 1948 ว่าด้วยการห้าม การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์⁹⁵ และอังกฤษได้ให้สัตยาบันเมื่อปี 1970 ในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาทโดยสันติวิธี ปี 1907⁹⁶ เป็นต้น

การปฏิเสธการให้สัตยาบัน (Refusal of ratification)

ในสมัยก่อนถือกันว่าจะปฏิเสธการให้สัตยาบันตามกฎหมายไม่ได้⁹⁷ เว้นแต่ว่าเกิดกรณีผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจได้กระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐภาคี หรือตัวแทนได้ละเมิดกฎระเบียบ หรือ คำสั่งอันเป็นความลับของรัฐที่ได้มอบอำนาจในการทำสนธิสัญญา ซึ่งได้กำหนดไว้ให้ต้องมีการให้สัตยาบันเสียก่อน เมื่อกรณีมีการกระทำการเกินขอบอำนาจ รัฐภาคีนั้นก็ปฏิเสธที่จะไม่ให้สัตยาบันได้ กรณีนี้จะแตกต่างกับกรณีตามมาตรา 47 เพราะเป็นกรณีสนธิสัญญามีผลผูกพันเมื่อได้ลงนาม แม้ตัวแทนที่กระทำการและลงนามได้กระทำการเกินขอบอำนาจแต่รัฐภาคียังคงต้องผูกพันตามสนธิสัญญานั้นๆ ดังได้อธิบายมาแล้ว และต้องทำความเข้าใจว่าการปฏิเสธการให้สัตยาบันนี้เป็นคนละกรณีกับการที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน (Pending Ratification) แต่ในปัจจุบันนี้การให้ หรือ ไม่ให้สัตยาบันเป็นสิ่งที่รัฐตัดสินใจที่จะกระทำได้โดยอิสระ⁹⁸ อย่างไรก็ดีตามถึงแม้รัฐภาคีมีอำนาจโดยสมบูรณ์ที่จะปฏิเสธการให้สัตยาบันในปัจจุบันนี้ แต่รัฐจะลงนามในสนธิสัญญา แล้วต่อมากลับกระทำการใดๆที่เป็นปฏิปักษ์ต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา หรือ ไม่นำพากับสนธิสัญญา โดยถือว่าการลงนามนั้นเป็นเพียงแค่การเห็นชอบในข้อบทเท่านั้นหาได้ไม่ ดังนั้นการที่รัฐได้ลงนามในสนธิสัญญาแล้ว แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน (pending Ratification) ก็ยังมีพันธะที่จะไม่กระทำการใดๆอันเป็นปฏิปักษ์กับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา

⁹⁵ ILM, 14 (1975), p. 299.

⁹⁶ TS No. 6 (1971).

⁹⁷ มีนักกฎหมายระหว่างประเทศหลายท่านที่มีชื่อเสียงเห็นด้วยกับหลักเกณฑ์เช่นนี้ เช่น Grotius, Bynkershoke, Wicquefort, Vattel, Martens, และ O'Connell ซึ่ง ได้ยกตัวอย่าง เช่น กรณีการปฏิเสธการไม่ให้สัตยาบัน สนธิสัญญาสันติภาพ โรเจนเบิร์ก (The Peace Treaty of Rogenburg 1630).

⁹⁸ โปรดดู Hyde, Harv Research (1935), part III, pp. 769-78, Bittner, p.261, n 1047 ซึ่งได้ให้ตัวอย่างหลายกรณี และ กรณีที่รัฐภาคีจะต้องเสนอสนธิสัญญาต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้พิจารณาในการให้สัตยาบัน โปรดดู Nisot Clunet, 58 (1931), pp. 349-51. นอกจากนั้นโปรดดู มาตรา 4 ของธรรมนูญขององค์การอาหารและเกษตรกรรม

แบบ และวิธีการของการให้สัตยาบัน (Form and Mode of Ratification)

กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้กำหนดแบบของการให้สัตยาบันไว้ แต่โดยปกติแล้วการให้สัตยาบันมักจะกระทำเป็นเอกสารและลงนามโดยประมุข หรือ หัวหน้าของรัฐภาคี (Head of State) หรือ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และจะกระทำเป็นจำนวนเท่ากับรัฐภาคีทั้งหลายของสนธิสัญญา แล้วแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ระหว่างกัน ในบางกรณีสัตยาบันสาสน์จะบรรจุข้อความทั้งหมดของสนธิสัญญานั้นไว้ด้วยเพื่อที่จะให้สัตยาบันตามนั้น แต่หากเป็นการให้สัตยาบันสนธิสัญญาที่มีผลบังคับใช้อยู่แล้ว (Existing Treaty) ก็เพียงแต่ระบุสนธิสัญญาฉบับนั้นๆ ให้ถูกต้องแท้จริงตามชื่อของสนธิสัญญา วันที่ลงนาม และชื่อของผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจก็เป็นการเพียงพอแล้ว การให้สัตยาบันสนธิสัญญาเป็นอำนาจหน้าที่ของบุคคลผู้มีอำนาจในการทำสนธิสัญญา (Treaty-Making Power) กล่าวคือประมุขของรัฐ หรือ รัฐบาล ดังกล่าวมาแล้ว และจะต้องดำเนินการตามข้อกำหนดตามกฎหมาย เช่น หากเป็นสนธิสัญญาที่ต้องผ่านการอนุมัติ เห็นชอบ หรือผ่านการพิจารณาของสภา ก็ต้องดำเนินการตามนั้นให้ถูกต้องเสียก่อน จึงจะให้สัตยาบันได้ ดังนั้นการแสดงเจตนาให้สัตยาบันโดยไม่ผ่านกระบวนการดังกล่าวก็ทำให้การให้สัตยาบันไม่มีผลตามกฎหมาย

การให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข หรือการให้สัตยาบันเพียงบางส่วน

(Partial and conditional ratification)

เนื่องจากการให้สัตยาบันคือการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยรัฐภาคี ซึ่งได้เจรจาสนธิสัญญาจนได้ข้อบทที่แน่นอนแล้ว การให้สัตยาบันจึงเป็นการแสดงเจตนาโดยแน่นอนอีกครั้งหนึ่งที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาที่ตนเจรจานั้น รัฐจึงกระทำการให้สัตยาบันได้แต่โดยการให้หรือไม่ให้สัตยาบันเท่านั้น ดังนั้นรัฐจึงไม่อาจให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข หรือให้สัตยาบันเพียงบางส่วน ในบางกรณีการที่รัฐภาคีได้ขอเปลี่ยนแปลงข้อบทของสนธิสัญญาเพื่อเป็นเงื่อนไขในการที่จะให้สัตยาบันนั้นถือว่าเป็นการปฏิเสธการให้สัตยาบัน แต่เป็นการเสนอข้อเสนอละเอียดใหม่หรือเป็นการเปิดการเจรจาขึ้นมาใหม่ให้รัฐภาคีอื่นๆ พิจารณา ซึ่งอาจจะได้รับการเห็นชอบหรือไม่ก็ได้ และไม่มีข้อห้ามในการที่รัฐภาคีอื่นๆ จะเข้าร่วมเจรจาใหม่ ตามข้อเสนอละเอียดใหม่ที่เปลี่ยนแปลงข้อบทสนธิสัญญาที่ทำไว้เดิม และถือว่าได้มีการทำสนธิสัญญาฉบับใหม่หากตกลงกันตามที่เสนอละเอียดใหม่ นั้น ในทางตรงกันข้ามก็ไม่มีพันธะใดๆ ที่รัฐภาคีอื่นจะต้องเข้าร่วมเจรจาใหม่เช่นนั้น

ดังนั้นตามหลักทั่วไปจึงไม่สามารถให้สัตยาบันชั่วคราวหรือโดยมีเงื่อนไขได้ อย่างไรก็ตามหากสนธิสัญญานั้นเอง หรือภาคีของสนธิสัญญาทั้งปวงตกลงว่ายินยอมให้มีการให้สัตยาบันแต่บางส่วนได้ก็

ให้กระทำได้นั้นทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 17.1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.⁹⁹ ตัวอย่างกรณีนี้ได้แก่กรณีที่ฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันกรรมสารทั่วไปบริสเซิลว่าด้วยการต่อต้านการมีทาสในการประชุมเมื่อวันที่ 2 กรกฎาคม 1890 โดยยกเว้นการให้สัตยาบันมาตรา 21-23 และมาตรา 42-61 โดยรัฐภาคีอื่นๆ ยอมรับว่านั่นในการให้สัตยาบันบางส่วนดังกล่าว ดังนั้นฝรั่งเศสจึงไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาใน 23 มาตรา¹⁰⁰ อีกกรณีหนึ่งได้แก่ กรณีเยอรมนีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปปี 1963 ว่าด้วยพันธกิจในการบริหารการทหารของพลเรือนที่มีหลายสัญชาติ โดยให้สนธิสัญญานี้บังคับใช้ครอบคลุมไปถึงเมืองเบอร์ลินด้วย โดยเยอรมนีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวแต่ยกเว้นไม่ให้บังคับใช้มาตรา 5-6 กับเบอร์ลิน และรัฐภาคีอื่นๆ ต้องให้การยอมรับการให้สัตยาบันบางส่วนดังกล่าว¹⁰¹ กรณีพิเศษอีกกรณีหนึ่งคือ กรณีที่เอกวาดอร์ซึ่งได้ลงนามในสนธิสัญญาแวร์ซายในปี 1934 แต่ไม่ได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญาดังกล่าว แต่ประสงค์ที่จะเป็นรัฐสมาชิกของสันนิบาตชาติ (The League of Nations) ในฐานะสมาชิกผู้ก่อตั้งด้วย เอกวาดอร์จึงได้ให้สัตยาบันปฏิญญาของสันนิบาตชาติแต่ไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญาแวร์ซาย¹⁰² นอกจากนี้ มาตรา 17.2 ยังได้บัญญัติไว้ว่าการแสดงเจตนาของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือ การให้สัตยาบันที่ยอมให้รัฐภาคีสามารถเลือกที่จะผูกพันตามข้อบทของสนธิสัญญาที่มีความแตกต่างได้นั้น จะกระทำได้อีกเมื่อได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งว่าจะผูกพันตามข้อบทใด และรัฐภาคีนั้นย่อมจะผูกพันตามข้อบทที่เลือกเท่านั้น¹⁰³

มีกรณีที่จะต้องพิจารณาในเรื่องที่เกี่ยวกับสนธิสัญญาที่ต้องมีการตีความ ในบางถ้อยคำ หรือคำบางคำในข้อบทของสนธิสัญญา รัฐภาคีอาจจะให้สัตยาบันโดยจำกัด ที่จะผูกพันเฉพาะการตีความของถ้อยคำในสนธิสัญญาดังกล่าวที่มีการตีความที่แน่นอน และ เป็นที่ยอมรับของรัฐนั้นโดยไม่ถือว่าเป็นการให้สัตยาบันโดยมีเงื่อนไข ด้วยเหตุที่การให้สัตยาบันในลักษณะนี้ไม่ได้เป็นการแก้ไข เปลี่ยนแปลงเพิ่มเติม ข้อบทของสนธิสัญญา แต่เป็นการผูกพันว่า เฉพาะการตีความใน ถ้อยคำ หรือคำใด ๆ ในสนธิสัญญาจะต้องตีความเช่นนั้นๆ เท่านั้นจะตีความเป็นประการอื่นๆ ไม่ได้ เพราะไม่มีความแน่นอนชัดเจนเป็นต้น แต่ทั้งนี้การตีความเช่นนั้นจะต้องคงไว้ซึ่งเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาและรัฐภาคีอื่นเห็นชอบในการตีความดังกล่าว มิฉะนั้นจะกลายเป็นการตีความตามอำเภอใจของรัฐภาคีที่จำกัดความผูกพันดังกล่าว ตัวอย่าง เช่น ในปี 1911 ในประเทศอังกฤษได้มีการต่อต้านการที่อังกฤษได้ให้สัตยาบัน

⁹⁹ Art. 17.1 Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions: Without prejudice to article 19-23, the consent of a State to be bound by part of treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.

¹⁰⁰ โปรดดู Martens, NRG, 2nd series 22, p. 260.

¹⁰¹ TS NO. 88(1971), p. 18.

¹⁰² Off J (1934), p. 1468.

¹⁰³ Art. 17.2 The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

ปฏิญญาลอนดอน ด้วยเรื่องที่มีการตีความถ้อยคำในปฏิญญาดังกล่าวอย่างคลุมเครือและไม่ตรงตามรายงานของคณะกรรมการร่างข้อบทของสนธิสัญญาในการตีความถ้อยคำนั้นๆ รัฐบาลอังกฤษจึงประกาศที่จะให้สัตยาบันต่อปฏิญญาดังกล่าวเฉพาะการตีความถ้อยคำในสนธิสัญญาที่ตรงกับการตีความที่ได้ให้ไว้ในรายงานของคณะกรรมการร่างสนธิสัญญาและผูกพันเฉพาะความหมายที่ดีความเชื่อนั้น แต่ในท้ายที่สุดปฏิญญาดังกล่าวก็ไม่ได้รับการให้สัตยาบัน อีกตัวอย่างหนึ่งได้แก่การที่สหรัฐอเมริกาได้ลงนามในอนุสัญญาแรงงานระหว่างประเทศหลายฉบับในปี 1938 แต่ได้ให้สัตยาบันที่ต้องอยู่ภายใต้บันทึกความเข้าใจ Understanding ว่าด้วยการให้ความหมาย หรือ การตีความถ้อยคำในอนุสัญญาให้เป็นไปตามที่สหรัฐอเมริกาให้การยอมรับ และเห็นชอบด้วย และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของการประชุมที่จัดขึ้นเพื่อยกร่างอนุสัญญาเหล่านั้น ในการนี้สหรัฐอเมริกาแถลงว่าไม่จำเป็นที่รัฐภาคีอื่นต้องยินยอม หรือให้การยอมรับ (Acceptance) หากแต่สหรัฐเพียงแต่ต้องการให้บทนิยามความหมายที่แน่นอนชัดเจนในการให้คำจำกัดความ และการตีความสนธิสัญญาเท่านั้น¹⁰⁴ ในปี 1988 สหรัฐก็ได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับรัสเซียว่าด้วยการงดเว้นไม่ใช้ชีปนาวุขจรวดพิสัยกลาง และพิสัยสั้น ปี 1987 โดยการให้สัตยาบันดังกล่าวตกอยู่ภายใต้บันทึกความเข้าใจในการให้คำจำกัดความ การตีความ และการให้ความหมาย ถ้อยคำต่างๆ ที่บรรจุอยู่ในสนธิสัญญา ตามที่สหรัฐอเมริกาได้นิยามไว้ดังกล่าว¹⁰⁵

การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การมอบสัตยาบันสาสน์ และการบอกกล่าวซึ่งการให้สัตยาบัน

ภายใต้ข้อกำหนดในสนธิสัญญา ซึ่งอาจจะระบุถึงวิธีการให้สัตยาบัน ว่ารัฐภาคีพึงกระทำการอย่างใด ๆ เพื่อให้มีผลบังคับการไปตามนั้น ดังนั้น โดยหลักทั่วไปเพียงการลงนามและประทับตรา ในสัตยาบันสาสน์โดยรัฐภาคีของสนธิสัญญานั้นยังไม่เพียงพอที่จะถือเป็นการผูกพันรัฐภาคีนั้นๆ ในทางระหว่างประเทศจึงต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งเพื่อเป็นการทำให้ทราบถึงการให้สัตยาบันนั้น โดยทางปฏิบัติทั่วไปมักจะกระทำโดยการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือมีการมอบสัตยาบันสาสน์ให้แก่รัฐที่ได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้รับมอบสัตยาบันสาสน์ และทำหน้าที่เป็นรัฐผู้เก็บรักษาสถิติสัญญาด้วย (Depositary) หรือมีการมอบหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบันโดยรัฐภาคี ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 16 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁰⁶ ในกรณีนี้ให้ถือว่าการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาของ

¹⁰⁴ Official Bulletin of the International Labor Office, 22 (1938), pp. 128-36. และโปรดดู Hackworth, 5 (1943), pp. 144-53 on "Understandings Short of Reservations"

¹⁰⁵ ILM, 27 (1988), p. 1406 และโปรดดูความเห็นแย้งใน AJ, 82 (1988), pp. 151-65, 810-15; Nunn, The Washington Quarterly 10 (1987), pp. 43-57, Yale JIL, 15 (1990), pp. 316-30.

¹⁰⁶ Art. 16 Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession, Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon: (a) their exchange between the contracting parties; (b) their deposit with the depositary; or (c) their notification to the contracting States or depositary, if so agreed.

รัฐภาคีมีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้แลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ หรือ วันที่ได้มอบสัตยาบันสาสน์แก่รัฐผู้ทำหน้าที่รับมอบ (Depositary) ดังกล่าว หรือในอีกกรณีหนึ่งนับตั้งแต่วันที่รัฐภาคีอื่นๆ หรือ รัฐที่รับมอบสัตยาบันสาสน์ (Depositary) ได้รับหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบันจากรัฐภาคี (The date of receipt of the notification) อย่างใดอย่างหนึ่งแล้วแต่กรณี

ผลทางกฎหมายของการให้สัตยาบัน

ผลทางกฎหมายของการให้สัตยาบันไม่ว่าโดยการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การมอบสัตยาบันสาสน์ หรือการมีหนังสือบอกกล่าวการให้สัตยาบัน ดังกล่าวข้างต้นแล้วนั้น มีผลทำให้รัฐภาคีผู้ให้สัตยาบันผูกพันตามสนธิสัญญา ในสนธิสัญญาทวิภาคีหากรัฐภาคีหนึ่งได้ให้สัตยาบันแต่รัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งไม่ได้ให้สัตยาบัน สนธิสัญญานั้นก็ยังไม่มีความผูกพัน ในปัจจุบันมักจะกำหนดไว้เป็นการแน่นอนว่าให้สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนั้นมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ใด มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าวันที่มีผลบังคับของสนธิสัญญานั้นสามารถที่จะกำหนดย้อนหลังไปถึงวันที่ลงนามในสนธิสัญญาเลยได้หรือไม่ ในกรณีนี้ไม่มีคำตอบที่แน่นอนขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป แต่การให้สัตยาบันนั้นจะไม่มีผลกำหนดให้มีผลบังคับย้อนหลัง กล่าวคือให้มีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้ให้สัตยาบันเท่านั้น¹⁰⁷ ทั้งนี้สอดคล้องกับเรื่องการมีผลบังคับของการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีที่ตั้งข้อสงวน กล่าวคือการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาที่จะต้องมีการให้สัตยาบันกันนั้น ให้การตั้งข้อสงวนดังกล่าวมีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้มีการให้สัตยาบันกัน ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 23.2 อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969¹⁰⁸

ในบางกรณี สนธิสัญญาอาจจะกำหนดไว้โดยชัดแจ้ง หรือ โดยปริยาย ว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับย้อนหลังไปถึงวันที่มีการลงนามในสนธิสัญญาทันที และไม่จำเป็นต้องมีการให้สัตยาบัน อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่มีการให้สัตยาบันด้วยนั้น ถึงแม้จะมีการกำหนดในสนธิสัญญาว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับทันทีก็ตาม ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่าให้สนธิสัญญามีผลบังคับนับตั้งแต่วันที่ได้ให้สัตยาบันกัน เช่น ในคดีเกี่ยวกับการให้คำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการโดยกษัตริย์สเปน (The case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain) ในกรณีพิพาทระหว่างฮอนดูรัสกับนิการากัว ตามความตกลงภายใต้ สนธิสัญญาอนุญาโตตุลาการระหว่างฮอนดูรัสกับนิการากัว (The Treaty of Arbitration between Honduras and Nicaragua) ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินในคดีนี้ว่าให้สนธิสัญญา

¹⁰⁷ โปรดดู *The Eliza Ann* (1813), 1 Dods 244; the Award in the *Iloilo case* before the British-American Claims Arbitration Tribunal (1925), RIAA, 6, p. 158; *Messih V Minister of the Interior* (1950), ILR, 28, p. 291; and see McNair, *Treaties*, pp. 193-8; Jones, AJ, 29 (1935), pp. 51-65.

¹⁰⁸ Art. 23.2: If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

ดังกล่าวมีผลบังคับตั้งแต่วันที่ที่มีการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์กัน ซึ่งได้กระทำขึ้นภายหลังจากได้มีการลงนามในสนธิสัญญาดังกล่าวแล้วเป็นเวลาสองปี ถึงแม้ว่าในสนธิสัญญาได้มีบทบัญญัติกำหนดว่าให้มีการดำเนินการตามสนธิสัญญาทันที ได้แก่การจัดตั้งองค์การ หรือ คณะกรรมการผสม (the immediate organization or a Mixed Commission) ทันทีที่ได้ลงนามในสนธิสัญญาก็ตาม

ข้อพิจารณาอีกประเด็นหนึ่งคือ เรื่อง การให้สัตยาบันโดยสำคัญผิด หรือ ถูกกลฉ้อฉล ซึ่งทำให้รัฐภาคนั้นสามารถปฏิเสธการที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาเมื่อได้ทราบถึงการแสดงเจตนาของตนโดยสำคัญผิด หรือถูกกลฉ้อฉลนั้น¹⁰⁹ มิฉะนั้นรัฐภาคีที่ได้ให้สัตยาบันแล้วจะยกเอาความไม่สมบูรณ์อื่นๆ มาเป็นข้ออ้างในการปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้¹¹⁰ เช่น กรณีผู้แทนที่ได้รับมอบอำนาจกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา¹¹¹ แต่ถ้ายิ่งกว่านั้นหากเป็นกรณีที่ต้องค์ซึ่งได้มอบอำนาจนั้นใช้อำนาจเกินขอบเขตอำนาจของตน หรือไม่มีอำนาจในการมอบอำนาจตั้งตัวแทนในการเจรจา ทำสนธิสัญญา รัฐภาคีดังกล่าวย่อมกล่าวอ้างไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาได้¹¹²

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการยอมรับ (Acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (Approval) ในสนธิสัญญา

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการยอมรับ (Acceptance) และการให้ความเห็นชอบ (Approval) ก็เป็นวิธีการแสดงเจตนาในการให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาตามมาตรา 2.1 (b) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 เช่นเดียวกัน นับตั้งแต่สงครามโลกครั้งที่สอง ได้เกิดแนวทางปฏิบัติในการแสดงเจตนาของรัฐที่จะให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยวิธีการดังกล่าวโดยได้ปฏิบัติในสนธิสัญญาหลายฉบับ¹¹³ สหรัฐอเมริกาก็ได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การแรงงานสากล (International Labor Organization) หรือมีชื่อย่อว่า ILO โดยวิธีการยอมรับ

¹⁰⁹ มาตรา 48 และมาตรา 49 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹⁰ มาตรา 45 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹¹ มาตรา 46 ประกอบมาตรา 8 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

¹¹² เช่นกรณี ศาลสูงโคลัมเบียตัดสินคดีในปี 1986 และ 1987 ว่ากฎหมายโคลัมเบียที่ได้ออกมานั้นไม่มีการทำสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ โคลัมเบีย ปี 1980 นั้นไม่ชอบ ดังนั้นการแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ในปี 1982 เพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าวที่สร้างขึ้นโดยอาศัยอำนาจของกฎหมายที่ไม่ชอบนี้จึงไม่มีผลบังคับแต่ประการใด โปรดดู Extradition Treaty between Colombia and the United States, ILM, 27 (1988), p. 492. และดู คดี *Kelly V SABENA* (1965), ILR, 42, p. 259. ในคดีดังกล่าวแม้ศาลสหรัฐอเมริกาซึ่งยอมรับการให้สัตยาบันของรัฐคู่ภาคี และได้ก้าวล่วงไปพิจารณาว่าการให้สัตยาบันนั้นเกินขอบอำนาจขององค์การที่ให้อำนาจตามที่กำหนดในรัฐธรรมนูญของรัฐนั้นๆหรือไม่ก็ตามแต่ได้อ้างอิงถึงคดีอนุญาโตตุลาการ **Tinoco** ในปี 1923 ว่าการให้สัตยาบันแก่บริษัทต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากได้รับการให้สัตยาบันจากองค์การที่ไม่มีอำนาจที่จะให้สัตยาบันดังกล่าว: RIAA, 1, p. 369.

¹¹³ ได้แก่ธรรมนูญของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Constitution of the International Monetary Fund) โปรดดู UNTS, 2,p. 39. และยังมีสนธิสัญญาอื่นๆอีกหลายฉบับซึ่งรวบรวมโดย Liang, AJ, 44 (1950), pp.342-9.

(Acceptance) และไม่ได้ใช้วิธีการให้สัตยาบันแต่อย่างใด ซึ่งในกรณีนี้สภาคองเกรสได้มีมติให้สหรัฐอเมริกาเข้าเป็นสมาชิกได้ ทั้งนี้ตามหนังสือเชิญให้เข้าเป็นสมาชิกของ ILO

นอกจากนี้ทางปฏิบัติที่เพิ่งเกิดขึ้นไม่นานมานี้คือการแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา โดยการให้ความเห็นชอบ (Approval) เหตุผลที่เกิดวิวัฒนาการใหม่ๆ เหล่านี้ขึ้นมาเพื่อเป็นการช่วยเหลือรัฐในการหลีกเลี่ยงปัญหาความยุ่งยาก ซับซ้อน ตามกระบวนการ หรือกฎหมายภายในของรัฐ ในอันที่จะต้องขออนุมัติให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณาให้ความเห็นชอบผ่านสภาก่อนที่จะให้ความยินยอมในการให้สัตยาบันสนธิสัญญา จึงถือว่า “การยอมรับ” และ “การให้ความเห็นชอบ” เป็นทางเลือกหนึ่งที่ยั่งยืนแทนการให้สัตยาบัน อันเป็นกระบวนการให้ความยินยอมของรัฐที่จะผูกพันตามสนธิสัญญา แม้ว่าคณะกรรมการที่ 6 แห่งสมัชชาใหญ่สหประชาชาติจะได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวาง และมีมติเป็นเอกฉันท์ในการประชุมครั้งที่ 88 ในปี 1948 ที่ยังคงเห็นว่าวิธีการลงนามแล้วมีการให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่งยังเป็นวิธีการที่ดีกว่า¹¹⁴

กรณีที่รัฐภาคีได้ให้ความยินยอมโดยการยอมรับ (Acceptance) หรือโดยการให้ความเห็นชอบ (Approval) ตามหลังการลงนามในสนธิสัญญา ก็ถือได้ว่า การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบดังกล่าว เป็นการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาในทำนองเดียวกับการให้สัตยาบันโดยประยุกต์ใช้วิธีการ และการกำหนดเงื่อนไขในทำนองเดียวกับวิธีการให้สัตยาบัน¹¹⁵ แต่ถ้าการให้ความเห็นชอบ หรือการยอมรับนี้ได้กระทำในกรณีที่รัฐนั้นไม่ได้มีการเจรจา ลงนามในสนธิสัญญาแต่ต้น ก็จะพิจารณาได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีลักษณะในทำนองเดียวกับการภาคยานุวัติซึ่งจะได้ศึกษาต่อไป

การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการภาคยานุวัติ

(Accession)

การภาคยานุวัติ (Accession) ก็เป็นอีกวิธีหนึ่งในการที่รัฐแสดงความยินยอมเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา ในบางกรณีจะเรียกว่า “Adhesion” หรือ “Adherence” การภาคยานุวัติจะกระทำในกรณีที่รัฐนั้นไม่ได้เป็นรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาตั้งแต่แรก แต่เข้ามารับเอาผลของสนธิสัญญาในภายหลัง ซึ่งการจะเข้ามาภาคยานุวัติสนธิสัญญาไม่ใช่สิ่งที่จะกระทำได้โดยอำเภอใจ

¹¹⁴ Third Session, Official Records, Part 1, Sixth Committee, 88th and the following Meeting.

¹¹⁵ มาตรา 16 Exchange or Deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession, Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon: (a) their exchange between the contracting States; (b) their deposit with the depositary; or (c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

หากแต่จะต้องเป็นกรณีที่สนธิสัญญามอบนั้นได้กำหนดไว้ให้กระทำได้¹¹⁶ หรือรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจา ทำสนธิสัญญาได้ตกลงให้กระทำได้¹¹⁷ หรือต่อมาในภายหลังรัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงกันให้มีการภาคยานุวัติได้¹¹⁸ และการให้ภาคยานุวัติก็อาจจะกระทำได้ตั้งแต่สนธิสัญญายังไม่มีผลบังคับก็ได้ (The Accession may take place even before the entry into force of the treaty) ส่วนวิธีการภาคยานุวัตินี้ก็ให้ประยุกต์ใช้วิธีการ และเงื่อนไขต่างๆ ที่ปรับใช้กับการให้สัตยาบัน การยอมรับ และการให้ความเห็นชอบ เช่น โดยวิธีการแลกเปลี่ยนตราสารสนธิ หรือ การมอบตราสารสนธิแสดงการภาคยานุวัติ หรือการมอบหนังสือบอกกล่าวการภาคยานุวัติแก่รัฐภาคีของสนธิสัญญา หรือ มอบแก่รัฐที่ทำหน้าที่เป็น Depositary ผู้รับหนังสือดังกล่าว¹¹⁹ แต่ไม่มีข้อยุติเกี่ยวกับกรณีที่รัฐซึ่งไม่ได้ทำการภาคยานุวัติอย่างเป็นทางการแต่ในทางปฏิบัติได้รับเอาพันธะกรณี และปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ หรือเพียงแต่ได้แสดงเจตนารมณ์โดยการบอกกล่าวเป็นหนังสือยอมรับเอาผลของสนธิสัญญานั้นๆ แล้วจะถือว่ารัฐดังกล่าวได้ภาคยานุวัติรับเอาผลของสนธิสัญญานั้นและเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญาแล้วก็ยังไม่เป็นที่ยอมรับหรือยุติเป็นประการใด อย่างไรก็ตามไม่ว่าการภาคยานุวัติจะกระทำในลักษณะใด ๆ ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 15 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 จึงจะกระทำได้

การเริ่มต้นมีผลบังคับของสนธิสัญญา (Entry into force)

ผลก่อนที่สนธิสัญญาจะเริ่มต้นมีผลบังคับ (Effects prior to entry into force)

สนธิสัญญาจะผูกพันรัฐภาคีให้ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อเมื่อสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับแล้ว (Entry into force) แต่ไม่ได้หมายความว่าสนธิสัญญาจะไม่มีผลอะไรเลย โดยปกติแล้วในช่วงระหว่างการลงนามในสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีแล้ว จนกว่าจะได้มีการให้สัตยาบันนั้น ก็มีสนธิสัญญาหลายฉบับที่มีบทบัญญัติซึ่งกำหนดเกี่ยวกับเรื่องต่างๆ ที่จำเป็นก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับ บทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะบังคับใช้กับรัฐภาคีนับตั้งแต่การรับรองข้อบทของสนธิสัญญา (Adoption of the text)¹²⁰ ในกรณีนี้อาจจะ

¹¹⁶ Art. 15 Consent to be bound by a treaty expressed by accession, The Consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when (a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁷ Art. 15 (b) it is otherwise established that the negotiating State were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁸ Art. 15 (c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

¹¹⁹ โปรดดู มาตรา 16 Exchange or Deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

¹²⁰ Art. 24.4 The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text..

กำหนดไว้ในสนธิสัญญา หรือตกลงกันโดยรัฐที่เข้าร่วมเจรจาทั้งปวงว่าให้บทบัญญัติดังกล่าวนั้นบังคับใช้ กับรัฐภาคีอาจจะทั้งหมดหรือบางส่วนก็ได้แล้วแต่จะตกลงกันในระหว่างที่ยังไม่ได้มีการให้สัตยาบัน ดัง อย่างที่สำคัญคือความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (The General Agreement on Tariff and Trade 1947) ซึ่งมีผลบังคับชั่วคราวในลักษณะดังกล่าวนี้มาเป็นเวลาถึง 50 กว่าปีโดยผลของพิธีสารว่าด้วยการบังคับใช้ชั่วคราวของความตกลงดังกล่าว (Protocol of Provisional Application). สนธิสัญญาที่ไม่ได้รับการให้สัตยาบันก็ยังคงจะเป็นหลักฐานแห่งวิวัฒนาการของกฎหมายจารีต ประเพณีระหว่างประเทศ หรือเจตนารมณ์ ตลอดจนความรู้ และประสบการณ์แห่งรัฐภาคีที่ร่วมกันเจรจา ทำสนธิสัญญาจนถึงขั้นการได้ลงนามในสนธิสัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่สาระแห่งสนธิสัญญา นั้นสะท้อนถึงกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ก็กล่าวได้ว่าหลักกฎหมายเหล่านั้นได้ถูกนำมา ปรับใช้แม้กระทั่งก่อนที่สนธิสัญญาจะมีผลบังคับในฐานะที่กฎหมายจารีตประเพณีนั่นเอง

นอกจากการมีบทบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเกี่ยวกับการมีผลของสนธิสัญญา ก่อนสนธิสัญญาจะมีผล บังคับ (prior to entry into force) ดังกล่าวแล้ว ยังมีหลักทั่วไปที่เป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวางอีกว่ารัฐ ภาคีต้องไม่กระทำการใดที่เป็นปฏิปักษ์ต่อเจตนารมณ์ของสนธิสัญญา หรือทำให้สนธิสัญญาที่ได้ลงนาม ไว้แล้วนั้นหมดคุณค่า แม้กระทั่งในช่วง ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับ ทั้งนี้ตามมาตรา 18 ของ อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่ารัฐภาคีต้องผูกพันที่จะไม่กระทำการใด ๆ อันเป็นการทำให้ วัตถุประสงค์ตลอดจนเจตนารมณ์ของสนธิสัญญาต้องเสื่อมเสียสิ้นไป ในเมื่อ (ก) รัฐภาคีได้ลงนามใน สนธิสัญญา หรือได้แลกเปลี่ยนตราสารที่ก่อให้เกิดสนธิสัญญา โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการให้ สัตยาบัน การยอมรับ หรือการให้ความเห็นชอบแล้ว จนกว่ารัฐภาคีนั้นจะได้แสดงเจตนารมณ์อย่างชัดแจ้งแล้วว่าจะไม่เป็นภาคีของสนธิสัญญา หรือ (ข) รัฐภาคีนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ยินยอมที่จะผูกพันตาม สนธิสัญญาแล้ว แต่สนธิสัญญานั้นยังไม่มีผลบังคับโดยมีบทบัญญัติไว้ด้วยว่าการมีผลบังคับของ สนธิสัญญานั้นจะเป็นไปโดยไม่ล่าช้า¹²¹

¹²¹ Art. 18 Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force, A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when: (a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or (b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

วันที่ และลักษณะ ของการเริ่มต้นมีผลบังคับของสนธิสัญญา

รัฐที่เจรจาสนธิสัญญาอาจจะแสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง หรือโดยปริยายในการกำหนด หรือตกลงกันเพื่อให้สนธิสัญญาที่กระทำนั้นมีผลบังคับโดยลักษณะอย่างไร โดยการลงนาม การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาสน์ การยอมรับ หรือ การให้ความเห็นชอบ ดังได้อธิบายมาแล้วข้างต้น ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี รัฐภาคีอาจจะกำหนดด้วยว่าการให้สัตยาบันกันนั้นต้องกระทำโดยรัฐภาคีทุกรัฐ หรือมีการกำหนดว่าอย่างน้อยที่สุดต้องมีภาคีที่รัฐที่ให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นจึงจะมีผลบังคับ ยิ่งกว่านั้นอาจจะกำหนดต่อไปด้วยว่าในจำนวนรัฐภาคีที่ให้สัตยาบันนั้นจำเป็นต้องเป็นรัฐภาคีใด หรือกลุ่มรัฐภาคีใด โดยเฉพาะด้วย จึงจะถือว่าการให้สัตยาบันกันนั้นมีผลทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับได้

สนธิสัญญาอาจจะกำหนด หรือ รัฐที่เจรจาทำสนธิสัญญากันนั้นอาจจะกำหนดวันที่ ที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับ แต่ถ้าหากไม่ได้มีการกำหนดไว้ดังกล่าว ก็ให้ถือว่าวันที่รัฐภาคีทั้งปวงแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาตามวิธีการที่กำหนด เป็นวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับ แต่ถ้าเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับกันอยู่ก่อนแล้วในวันที่รัฐภาคีใดแสดงเจตนารมณ์ผูกพันตามสนธิสัญญา ก็ให้ถือว่าวันที่แสดงเจตนาเป็นวันที่สนธิสัญญามีผลบังคับสำหรับรัฐนั้นๆ เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นประการอื่น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 24 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹²²

การมีผลบังคับชั่วคราวของสนธิสัญญา (Provisional Application)

สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งฉบับ หรือส่วนหนึ่งส่วนใดของสนธิสัญญา อาจจะมีผลบังคับชั่วคราวก่อนที่สนธิสัญญาจะเริ่มมีผลบังคับได้ หาก มีบทบัญญัติกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นเอง หรือ รัฐภาคีที่เจรจาสนธิสัญญาทั้งปวงได้ตกลงกันให้เป็นเช่นนั้นได้ และ ให้การบังคับใช้ชั่วคราวของสนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือ บางส่วนนั้นให้ระบับสันลง หากรัฐภาคีที่ได้ร้องขอให้มีการบังคับใช้ชั่วคราวเช่นนั้นได้บอก

¹²² Art. 24 Entry into force and provisional application of treaty, Entry into force: 1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree. 2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States. 3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides. 4. The provision of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

กล่าวต่อรัฐภาคีอื่นๆว่า ตนไม่ประสงค์ที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้นอีกต่อไป เว้นแต่ในสนธิสัญญาหรือรัฐภาคีที่ได้เจรจาในสนธิสัญญานั้นจะได้อนุญาตไว้ หรือตกลงกันไว้เป็นประการอื่น¹²³

5.8 กระบวนการภายหลังการทำสนธิสัญญา

ภายหลังจากรัฐภาคีได้ทำสนธิสัญญา และ มีการให้ความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว กระบวนการหลังจากนั้น คือ การจดทะเบียนสนธิสัญญา การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่ ตลอดจนการเก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญา และตราสารอื่นๆที่เกี่ยวข้องทั้งปวง ซึ่งทำหน้าที่โดยฝ่ายเก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญา (Depositary)

การแต่งตั้งรัฐผู้เก็บ รักษา ดูแล สนธิสัญญาและตราสาร (Designation of Depositary)

สนธิสัญญาทวิภาคีมักจะมีการลงนาม และ ได้จัดทำสนธิสัญญาขึ้นเป็นสองฉบับ (Duplicate) โดยคู่ภาคีแต่ละฝ่าย ได้เก็บ รักษา และดูแลแต่ละต้นฉบับที่ได้รับการลงนามนั้น ไว้ฝ่ายละฉบับ แต่มีบางกรณีที่เป็นกรณียกเว้นที่ไม่เกิดขึ้นบ่อยนัก ที่มีการทำสนธิสัญญาไว้เพียงฉบับเดียว โดยคู่ภาคีต้องตกลงกันว่าจะให้รัฐภาคีฝ่ายใดเป็นผู้เก็บรักษาไว้ หรืออาจจะแต่งตั้งให้รัฐที่สามเป็นผู้เก็บรักษาไว้ให้แทนก็ได้ แต่ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคี ซึ่งมีรัฐภาคีจำนวนมากนั้น มักจะมีการแต่งตั้งรัฐผู้เก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญานั้น (Depositary) ซึ่งมาตรา 80.2 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า การแต่งตั้งผู้เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญา จะเป็นการให้อำนาจแก่ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งนั้นในการปฏิบัติหน้าที่และภารกิจต่างๆตามที่ได้อนุญาตไว้ในมาตรา 80.1 ซึ่งได้แก่การจัดส่งสนธิสัญญาให้แก่สำนักเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติ เพื่อการจดทะเบียน การจัดเก็บ บันทึก และจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานั้นๆ และมาตรา 76 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา บัญญัติไว้ว่า การแต่งตั้งผู้เก็บรักษา ดูแล สนธิสัญญาอาจจะกระทำโดยรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาทำสนธิสัญญา โดยกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นเอง หรือโดยการตกลงกันระหว่างภาคีทั้งหลายโดยวิธีอื่น ผู้เก็บรักษาสนธิสัญญาอาจจะเป็นรัฐเดียว หรือหลายรัฐก็ได้ อาจเป็นองค์การระหว่างประเทศ หรือหัวหน้าสำนักงานระดับผู้บริหารขององค์การระหว่างประเทศ

สำหรับหน้าที่ของผู้เก็บรักษาสนธิสัญญานั้นจะต้องกระทำการโดยเที่ยงธรรม ไม่ลำเอียง มีลักษณะเป็นสากลและเป็นกลาง ซึ่งมาตรา 77 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ของผู้

¹²³ Art. 25 Provisional Application, 1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending entry into force if: (a) the entry itself so provides; or (b) the negotiating States have in some other manner so agreed 2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญาไว้ว่า เว้นแต่จะบัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตกลงโดยรัฐภาคีที่เจรจาทำสนธิสัญญาไว้เป็นประการอื่น ผู้เก็บรักษา ดูแลสนธิสัญญามีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เก็บรักษาต้นฉบับเดิมของสนธิสัญญา ตลอดจนหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers) ที่ได้ส่งมอบแก่ผู้เก็บรักษา

(2) จัดทำสำเนาต้นฉบับจริงของสนธิสัญญา และจัดทำสำเนาของสนธิสัญญาเป็นภาษาอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา และส่งมอบให้แก่รัฐภาคี และรัฐอื่นๆ ที่มีสิทธิเข้ามาเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น

(3) รับการลงนามสนธิสัญญา รับและเก็บรักษาตราสารสนธิสัญญา หนังสือบอกกล่าว และหนังสือติดต่ออื่นๆที่เกี่ยวข้อง

(4) ตรวจสอบดูความถูกต้อง สมบูรณ์ และเป็นไปตามรูปแบบ ที่เหมาะสม ของการลงนาม ตราสารสนธิสัญญา หนังสือบอกกล่าว หนังสือติดต่อที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา และหากจำเป็นให้เสนอเรื่องให้รัฐภาคีที่เป็นปัญหาพิจารณา

(5) แจ้งรัฐภาคี หรือรัฐที่มีสิทธิจะเป็นภาคีของสนธิสัญญาให้ทราบถึงการกระทำ หนังสือบอกกล่าว หนังสือติดต่อ ที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญา

(6) แจ้งรัฐที่มีสิทธิเข้าเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาให้ทราบ เมื่อได้รับการลงนาม สัตยาบัน ตราสาร การยอมรับ การให้ความเห็นชอบ หรือการภาคยานุวัติ ครบถ้วนตามจำนวนที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญา เพื่อให้สนธิสัญญาเริ่มต้นมีผลบังคับได้

(7) จดทะเบียนสนธิสัญญากับสำนักเลขาธิการองค์การสหประชาชาติ

(8) ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตราอื่นๆของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

การจดทะเบียนสนธิสัญญา (Registration)

มาตรา 80. 1 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการจดทะเบียนสนธิสัญญาไว้ว่า ภายหลังจากสนธิสัญญาเริ่มมีผลใช้บังคับแล้ว (after their entry into force) สนธิสัญญาจะต้องถูกจัดส่งไปยังสำนักเลขาธิการแห่งองค์การสหประชาชาติเพื่อดำเนินการจดทะเบียน จัดเก็บ บันทึกและจัดพิมพ์เผยแพร่ต่อไป ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 102 ของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า สนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศทุกฉบับ ซึ่งกระทำขึ้นโดยรัฐภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ ภายหลังจากกฎบัตรแห่งสหประชาชาติฉบับนี้มีผลบังคับใช้แล้ว จะต้องดำเนินการจดทะเบียนสนธิสัญญาเหล่านั้นโดยเร็วที่สุดต่อสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ เพื่อจัดพิมพ์สนธิสัญญาดังกล่าวต่อไป

หน้าที่ในการนำสนธิสัญญาที่รัฐภาคีทำขึ้นเพื่อการจดทะเบียนต่อสหประชาชาติ และ จัดพิมพ์เผยแพร่นี้เป็นหน้าที่ ที่จะต้องกระทำโดยรัฐภาคีสมาชิกของสหประชาชาติหากมีการทำสนธิสัญญาใดๆขึ้น ทั้งนี้ ในมาตรา 102.2 ได้บัญญัติต่อไปว่า รัฐภาคีใดๆของสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งไม่ได้รับการจดทะเบียนต่อสหประชาชาติตามข้อกำหนดในมาตรา 102.1 ดังกล่าวข้างต้นนั้น ไม่สามารถที่จะกล่าวอ้างถึงสนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศนั้นๆ ไม่ว่าต่อองค์กรใดๆของสหประชาชาติ ในที่นี้ย่อมหมายถึงการห้ามหยิบยกขึ้นกล่าวอ้าง หรือใช้สนธิสัญญานั้นเป็นหลักฐานต่อสู้คดีในศาลยุติธรรมระหว่างประเทศด้วยนั่นเอง ดังนั้นหากเกิดมีกรณีพิพาทใดๆขึ้น หรือ มีข้อพิพาท

เกี่ยวกับการตีความ หรือ การบังคับใช้สนธิสัญญา หรือ ความตกลงระหว่างประเทศนั้น หรือ รัฐภาคีต้องการจะกล่าวอ้างถึงผลของสนธิสัญญาดังกล่าวย่อมกระทำไม่ได้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศย่อมไม่รับฟังการมีอยู่ของสนธิสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียนนั้น รวมทั้งไม่อาจกล่าวอ้างสนธิสัญญานั้นต่อที่ประชุมสมัชชาใหญ่ หรือ ต่อคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติได้ โดยเหตุนี้จึงเป็นข้อสนับสนุนที่ดีว่าหน้าที่ในการนำสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นโดยภาคีสมาชิกของสหประชาชาตินั้นเป็นหน้าที่บังคับ มิใช่รัฐสมาชิกจะเลือกที่จะปฏิบัติ หรือไม่ปฏิบัติก็ได้ ทั้งนี้ คณะกรรมาธิการชุดที่ 6 แห่งสหประชาชาติ ซึ่งเป็นกรรมาธิการกฎหมายได้เคยให้ความเห็นวาทบัญญัติในมาตรา 102.2 นี้มีผลผูกพันรัฐสมาชิกให้ต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัด มิใช่ให้เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตามก็ไม่มีข้อห้ามที่จะหยิบยกเอาสนธิสัญญาที่ไม่ได้นำไปจดทะเบียนต่อสหประชาชาตินี้ไปอ้างอิงต่อองค์การระหว่างประเทศอื่นๆ หรือ ศาลอื่นใด ดังนั้นสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นนี้จึงมีความสมบูรณ์ ไม่เป็นโมฆะ หรือโมฆียะ อันเนื่องจากการไม่ได้จดทะเบียนต่อสหประชาชาติแต่อย่างใด หากเป็นแต่เพียงการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ ตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาตินี้ทำให้ไม่สามารถอ้างอิงถึงสนธิสัญญาดังกล่าวได้เท่านั้น ทั้งนี้โดยเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 102 นี้เพื่อที่จะให้มีการทำสนธิสัญญาอย่างเปิดเผยและเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่ารัฐใดมีความตกลงผูกพันกันในเรื่องอะไรต่อรัฐหรือกลุ่มรัฐใด ๆบ้าง และเป็นการป้องกันการทำสนธิสัญญาลับระหว่างกัน ทั้งนี้เพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเป็นไปด้วยความโปร่งใส เป็นมิตร และต่างเคารพในพันธกรณีที่มีต่อกันและกัน และที่มีต่อรัฐอื่นๆโดยได้มีการรับรู้โดยทั่วกัน

การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญา (Publication)

การประกาศ หรือจัดพิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานี้ กระทำโดยสำนักเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งจัดพิมพ์ลงในเอกสารที่เรียกว่า United Nations Treaty Series หรือมีชื่อย่อว่า U.N.T.S ซึ่งเป็นแหล่งอ้างอิงถึงสนธิสัญญา และความตกลงระหว่างประเทศอย่างเป็นทางการและเป็นแหล่งปฐมภูมิ (Primary Source) นับถึงปีค.ศ. 1998 UNTS ได้บรรจุสนธิสัญญาที่จดทะเบียนแล้วถึงกว่า 30,000 ฉบับ แบ่งเป็น 1550 volumes สำนักเลขาธิการสหประชาชาติยังเป็นผู้เก็บรักษาสนธิสัญญาพหุภาคีกว่า 500 ฉบับอีกด้วย โดยสนธิสัญญาพหุภาคีเหล่านี้จะได้รับการตีพิมพ์ใน UN Multilateral Treaties แต่ในทางปฏิบัติปัญหาการค้นหา หรือ สืบค้นสนธิสัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงแรกๆที่เพิ่งทำสนธิสัญญากันขึ้นนั้นไม่ใช่เรื่องง่ายเลย เนื่องจากสนธิสัญญาที่จะจัดพิมพ์เผยแพร่โดยสหประชาชาตินั้น ต้องเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับแล้ว และได้จดทะเบียนต่อสำนักเลขาธิการสหประชาชาติแล้ว จึงจะค่อยดำเนินการจัดพิมพ์ใน UNTS และรวบรวมในดัชนี (Index) ซึ่งใช้เวลานานหลายปีประมาณ 4-5 ปีหลังจากจดทะเบียนแล้วกว่าจะออกพิมพ์เผยแพร่ได้ ส่วนใหญ่จึงต้องหันไปค้นคว้า สืบค้น จากแหล่งต้นตอในประเทศที่เป็นภาคีของสนธิสัญญา ซึ่งรัฐภาคีของสนธิสัญญาแต่ละฉบับ มักจะประกาศ และ พิมพ์เผยแพร่สนธิสัญญานั้นๆ ภายในประเทศของตนด้วย ในเอกสารทางการ เช่น ในประเทศไทยก็ได้จัดพิมพ์สนธิสัญญา และ กฎหมายต่าง ๆลงในราชกิจจานุเบกษา ส่วนในต่างประเทศก็จัดพิมพ์ในเอกสารทางการทำนองเดียวกันที่เรียกว่า *Government Gazette* หรือ *Official Gazette* หรือ *Official Journal* หรือ *Official treaty Series* หรือ ชื่อเรียกอย่างอื่นตามแต่ละประเทศจะกำหนดไว้ ทางปฏิบัติของอังกฤษนั้น สนธิสัญญาทุกฉบับที่ได้ลงนามแล้วแต่จะต้องได้รับการให้สัตยาบัน การยอมรับ การให้ความเห็นชอบ หรือการณิการภาคยานุวัติ จะต้องนำเสนอสนธิสัญญาดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาตามหลักปฏิบัติที่เรียกว่า

Ponsonby Rule และสนธิสัญญาจะได้รับการตีพิมพ์ใน *Official Journal* นอกจากนั้นอาจจะได้รับการตีพิมพ์ใน *Command Papers* ซึ่งอยู่ใน *Country, European Communities or Miscellaneous Series* นอกจากนี้ก็สามารถสืบค้นสนธิสัญญาได้จาก *International Legal Materials (ILM)* ซึ่งได้ตีพิมพ์สนธิสัญญาที่ทำขึ้นทั่วโลกเท่าที่จะจัดพิมพ์ได้ จัดพิมพ์โดย *The American Society of International Law* ตั้งแต่ปี 1962 นับเป็นแหล่งที่มีคุณค่าสำหรับการสืบค้นสนธิสัญญาทั้งทวีภาคี และพหุภาคี ตลอดจน *Memorandum of Understanding (MOUs)* บางฉบับด้วย การจัดพิมพ์ทำได้รวดเร็วกว่า *UNTS* อย่างมาก และสามารถสืบค้นสนธิสัญญาได้ใน *Multilaterals Project* จัดทำโดย *The Fletcher School of Law and Diplomacy at Tufts University, Massachusetts, USA* ทาง Internet ได้ที่ <http://www.tufts.edu/fletcher/multilaterals.html>. สำหรับสนธิสัญญาที่ทำระหว่างปี ค.ศ. 1648-1919 ได้รวบรวมขึ้นเป็น 231 volumes ใน *Consolidated Treaty Series (CTS)* และสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างปี ค.ศ. 1919-1946 ได้รวบรวมไว้เป็น 205 volumes ใน *League of Nations Treaty Series (LNTS)* สำหรับสนธิสัญญาอเมริกา ได้รับการรวบรวมใน *Treaties and other International Acts Series (TIAS)* และได้รับการรวบรวมใน *United States Treaties and other International Agreements (UTS)* ได้รับการจัดพิมพ์ปีละครั้งตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 นอกจากนี้ยังค้นคว้าคำพิพากษาของศาลต่างๆ ที่พิพากษาเกี่ยวกับสนธิสัญญาได้ใน *International Law Report (ILR)* ซึ่งได้รวบรวมคดีต่างๆ ไว้กว่า 100 volumes.¹²⁴

สำหรับการสืบค้นสนธิสัญญาที่ได้จดทะเบียนไว้กับสหประชาชาติแล้วทาง Internet ได้ที่ UN Website ซึ่งสามารถค้นคว้าได้ที่ <http://www.un.org/depts/treaty> ซึ่งจะเผยแพร่สนธิสัญญาเฉพาะที่จัดพิมพ์ใน *UNTS* แล้วเท่านั้น แต่เนื่องจากสหประชาชาติมีนโยบายที่จะจัดเผยแพร่สนธิสัญญาที่จดทะเบียนแล้วทันทีเฉพาะใน UN Website ให้ได้ทั้งหมดให้เรียบร้อยภายในปี 2001 จึงได้มีการเพิ่มเติมสนธิสัญญาที่ได้รับการจดทะเบียนใหม่อย่างสม่ำเสมอ จึงเป็นแหล่งสืบค้นสนธิสัญญาได้รวดเร็วและทันสมัยกว่าที่ตีพิมพ์เป็นหนังสือ *UNTS* ซึ่งต้องใช้เวลาานานกว่าหลายปี¹²⁵

สำหรับสารบัญเกี่ยวกับสนธิสัญญา มีอยู่หลายแหล่ง ที่สำคัญได้แก่ *United Nations List of Treaty Collections* ซึ่งไม่ทันสมัยแต่เหมาะสำหรับการค้นคว้าสนธิสัญญาเก่าๆ สำหรับสนธิสัญญาที่ทำตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1856 ได้จัดรวบรวมไว้ใน *Bowman and Harris, Multilateral Treaties, Index and Current Status and its supplements (London and Nottingham, 1984 -)* นอกจากนี้ก็มีการจัดรวบรวมโดย *Rohn's World Treaty Index (2nd edn, 1984)* และ *The Annual index to Treaties and other International Acts Series (TIAS)* ในอังกฤษก็มีการรวบรวมไว้ใน *Parry's four-volumes index of British Treaties*

¹²⁴ Aust Anthony (2000) *Modern Treaty Law and Practice*. Cambridge: University Press. pp 283-4.

¹²⁵ สำหรับข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการค้นหาสนธิสัญญาโปรดติดต่อ Treaty Section, Office of Legal Affairs, United Nations, New York NY 10017, USA. (fax:++ 1 212 963 3693; e-mail: treaty@un.org).

1101 to 1988 (HMSO, 1970 and 1991) และ UKTS indexes and quarterly Supplementary Lists of Ratifications, accessions, Withdrawals etc. ก็ได้รวบรวมสนธิสัญญาต่างๆไว้ไม่จำเพาะแต่สนธิสัญญาที่กระทำโดยอังกฤษเท่านั้น ข้อมูลต่างๆข้างต้นนี้เป็นแหล่งที่มีคุณค่าอย่างยิ่ง สำหรับผู้สนใจที่จะศึกษาค้นคว้าต่อไป

5.9 ความสมบูรณ์และผลของสนธิสัญญา

ผลบังคับของสนธิสัญญาต่อคู่ภาคี

1. ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา 26 ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญาบัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาทุกฉบับที่มีผลบังคับใช้แล้ว ย่อมผูกพันภาคีของสนธิสัญญานั้นๆ และภาคีทั้งปวงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆโดยสุจริต”¹²⁶ ทั้งนี้เป็นไปตามหลัก *Principle of Good Faith* ส่วนประเด็นปัญหาที่ว่าทำไมสนธิสัญญาจึงมีผลบังคับ ก็เป็นประเด็นที่ถกเถียงกันมาก แนวคิดที่มีการยอมรับกันในทางระหว่างประเทศ เห็นว่าน่าจะเป็นเหตุผลที่ว่าการที่สนธิสัญญามีผลบังคับผูกพันรัฐเพราะเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศและทางปฏิบัติของรัฐที่ยอมรับกันว่าหากรัฐใดแสดงเจตนาผูกพันตนกับรัฐใดๆตามความตกลงในสนธิสัญญา รัฐนั้นย่อมต้องผูกพันตามที่ได้ตกลงกันนั้นตามหลักการพื้นฐานของหลัก *Pacta Sunt Servanda* อันทำให้สนธิสัญญามีผลบังคับ และนอกเหนือจากนั้นคือ การมีผลบังคับในตัวเองของสนธิสัญญาตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่ว่าสนธิสัญญาต้องมีผลบังคับ อันเป็นจารีตประเพณีที่ทุกรัฐยอมรับในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ นั่นก็คือหลักที่ว่า สัญญาย่อมผูกพันรัฐผู้กระทำ จากหลักการดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นความผูกพันในตัวของรัฐ เพราะไม่ว่าสนธิสัญญาจะทำโดยรัฐบาลชุดใด หรือบุคคลผู้มีอำนาจเต็มผู้ใดก็ตาม สนธิสัญญาก็จะผูกพันรัฐนั้นๆ มิใช่ผูกพันรัฐบาล หรือผู้มีอำนาจเต็ม ดังนั้นไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล หรือ เปลี่ยนแปลงทางการเมือง ก็ไม่มีผลกระทบกระทั้งต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญาที่ทำไว้ก่อนนั้นและรัฐบาลชุดใหม่จะต้องปฏิบัติตามความผูกพันหรือพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ เช่น รัสเซียอ้างว่าสนธิสัญญาที่ทำขึ้นในสมัยพระเจ้าซาร์ก่อนที่จะมีการปฏิวัติในปี ค.ศ. 1917 ย่อมเป็นอันสิ้นผลเนื่องจากการเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองทางการเมือง และเปลี่ยนแปลงโครงสร้างรัฐเป็นสาธารณรัฐสังคมนิยมรัสเซีย และสนธิสัญญาการกู้เงินที่ทำ

¹²⁶ Art. 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties provided that “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith” พันธกิจในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริตภายใต้มาตรา 26 ดังกล่าวนี้นี้ ให้หมายรวมถึงการจดเว้น หรือละเว้นที่จะกระทำการใดอันเป็นปฏิปักษ์ หรือขัดแย้งกับวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา โปรดดู ILC Commentary (Treaties), Art. 23 para (4); YBILC (1966) ii, p. 211.

ขึ้นในสมัยพระเจ้าชาร์จิงตกเป็นโมฆะ โดยอ้างว่าการเปลี่ยนแปลงชนชั้นการปกครองย่อมกระทบถึงสนธิสัญญาที่ทำโดยประชาชนไม่ได้รับรู้ นั่นเมื่อเปลี่ยนมาเป็นการปกครองแบบใหม่นั้น เจตจำนงของรัฐโดยประชาชนไม่ต้องการผูกพันตามสนธิสัญญาที่ทำไว้ก่อนหน้านี้ จึงไม่ใช่สนธิสัญญาที่ทำโดยรัฐบาลภายใต้การปกครองระบอบใหม่ สนธิสัญญาย่อมสิ้นผลไป เนื่องจาก สถานการณ์ และ สภาพแวดล้อมเปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญตามหลัก (rebus Sic Stantibus) แต่ข้ออ้างนี้ไม่เป็นที่ยอมรับเนื่องจากประเทศรัสเซียไม่ได้สูญเสียไปเพราะเป็นการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองภายในเท่านั้น จึงยังคงต้องผูกพันตามสนธิสัญญาในฐานะรัฐ ส่วนผู้ใดเป็นผู้ทำสนธิสัญญาย่อมไม่กระทบต่อผลความผูกพันในสนธิสัญญานั้นๆ การไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาย่อมก่อให้เกิดความรับผิดชอบตามสนธิสัญญาและความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศ และจะอ้างว่าฝ่ายนิติบัญญัติของตนไม่ถือปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐจึงปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ได้ดังนี้ย่อมอ้างไม่ได้¹²⁷

นอกจากนั้น มาตรา 2 อนุ 2 แห่งกฎบัตรสหประชาชาติได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีสมาชิกต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกิดขึ้นจากบทบัญญัติแห่งกฎบัตรนี้โดยสุจริต¹²⁸ และรัฐภาคีของสนธิสัญญาจะต้องไม่กระทำการใดๆ อันเป็นการขัดขวาง หรือทำลายวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญานั้น ทั้งนี้ตามมาตรา 18 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

ความผูกพันตามสนธิสัญญาต่อรัฐนี้ เป็นความผูกพันที่มีอยู่เหนือดินแดนทั้งหมดของรัฐทั้งนี้ เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า เว้นแต่เจตนารมณ์ที่ปรากฏในสนธิสัญญา หรือ ที่ตกลงกันไว้เป็นประการอื่นแล้ว สนธิสัญญาย่อมผูกพันรัฐภาคีทั้งปวงเหนือดินแดนทั้งหมด¹²⁹ สนธิสัญญามักจะกำหนดขอบเขตแห่งดินแดนที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับใช้เหนือดินแดนใด ในสมัยก่อนรัฐที่ทำสนธิสัญญามีดินแดนในอาณานิคมและอาจจะประสงค์ให้ดินแดนในอาณานิคมนั้นอยู่ในบังคับแห่งสนธิสัญญาด้วย คู่ภาคีก็จะกำหนดไว้ในสนธิสัญญาว่าดินแดนแห่งอาณานิคมถือว่าอยู่ในบังคับของสนธิสัญญา อีกกรณีหนึ่ง คือ การทำสนธิสัญญากับประเทศที่มีมลรัฐหรือสหพันธรัฐ สนธิสัญญาอาจจะกำหนดให้มลรัฐต้องให้ความยินยอมด้วยจึงจะผูกพันมลรัฐทั้งหมดเป็นต้น การทำสนธิสัญญาในลักษณะเช่นนี้ จึงต้องแจ้งแก่คู่ภาคีถึงดินแดนทั้งปวงที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีผลบังคับตลอดทั้งเงื่อนไขของการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวให้ทราบ และกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสนธิสัญญา

¹²⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร (2538) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 หน้า 142 กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

¹²⁸ Art. 2.2 All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

¹²⁹ Art. 29 Territorial scope of treaties, Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ หลักสนธิสัญญาไม่มีผลย้อนหลัง (Non-Retroactivity of Treaty) ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่ใช้กับการกระทำทางกฎหมายระหว่างประเทศ (International Juristic Act) ทุกๆ ประเภท มาตรา 28 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติไว้ว่า เว้นแต่จะปรากฏเจตนาเป็นอย่างอื่น แตกต่างไปจากที่ปรากฏในสนธิสัญญา หรือปรากฏเป็นกรณีอย่างอื่น บทบัญญัติต่างๆ ของสนธิสัญญา ย่อมไม่ผูกพันภาคีของสนธิสัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับการกระทำหรือเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นก่อนวันที่ สนธิสัญญามีผลใช้บังคับต่อภาคีของสนธิสัญญานั้น หรือสถานการณ์ซึ่งได้สิ้นสุดลงก่อนวันที่สนธิสัญญามีผล¹³⁰ ซึ่งยืนยันหลักการไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางกฎหมาย เนื่องจากการทำสนธิสัญญาเป็น เรื่องของความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ หรือองค์การระหว่างประเทศเพื่อการบังคับใช้ในอนาคตมิใช่ใน อดีตที่ผ่านมาแล้ว ดังนั้นหากภาคีของสนธิสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ให้สนธิสัญญามีผลย้อนหลังได้แล้ว สนธิสัญญาย่อมมีผลนับตั้งแต่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นแล้วและมีผลตามเงื่อนไขข้อกำหนดที่ให้ สนธิสัญญาเริ่มบังคับเป็นต้นไป และศาลยุติธรรมระหว่างประเทศยอมรับข้อกำหนดในสนธิสัญญาที่จะให้ สนธิสัญญามีผลย้อนหลังได้¹³¹

1. ลักษณะความผูกพันของสนธิสัญญาในกฎหมายภายใน

เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว รัฐภาคีจะต้องผูกพันตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา และ เนื่องจากการปฏิบัติตามพันธกรณีของสนธิสัญญานี้ครอบคลุมถึงองค์กรต่างๆ ของรัฐทั้งหมดในฐานะที่ องค์กรเหล่านี้ต้องทำหน้าที่บังคับการให้เป็นไปตามสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ หรือตุลาการ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายภายในมารองรับ บังคับการให้เป็นไปตามผลของ สนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งมีวิธีการต่างๆ ตลอดจนผลบังคับดังนี้

การอนุวัติการให้เป็นไปตามสนธิสัญญา พันธกรณีแห่งสนธิสัญญานั้นอาจจะเป็นการกระทำการ หรืองดเว้นการกระทำการอย่างใด ๆ ตามที่สนธิสัญญากำหนด ซึ่งรัฐจะต้องอนุวัติการให้เป็นไปตาม สนธิสัญญานั้น แต่รัฐภาคีอาจจะมีกฎหมายที่สอดคล้องตามสนธิสัญญาแล้ว รัฐก็ไม่จำเป็นต้องกระทำการ ใดๆ อีก ในทางตรงกันข้ามหากรัฐไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญาก็จะต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่าง ประเทศ และไม่อาจจะกล่าวอ้างกฎหมายภายในของตนมาปฏิเสธความรับผิดชอบหรือปฏิเสธพันธกรณีตาม สนธิสัญญาได้ ทั้งนี้มาตรา 27 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้กำหนดไว้ว่า รัฐภาคีไม่อาจจะกล่าว อ้างบทบัญญัติของตนตามกฎหมายภายในมาเป็นข้ออ้างที่จะไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา ความข้อนี้ไม่ขัด ต่อมาตรา 46 ของอนุสัญญาดังกล่าว

¹³⁰ Art. 28 Non-Retroactivity of treaties, Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

¹³¹ C.P.J.I. 1924 affaire Mavrommatis, series A No. 2, p. 24. และโปรดดู I.C.J. Reports 192, p. 40.

สำหรับวิธีการอนุวัติการตามสนธิสัญญานี้แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ เช่นประเทศที่ยึดถือตามหลักทวินิยม (Dualism) ซึ่งถือว่ากฎหมายภายในแยกจากกฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายในได้ต้องแปลงมาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน เช่น กรณีของประเทศไทยต้องตราพระราชบัญญัติออกมารองรับสนธิสัญญาเสียก่อน สนธิสัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับตามกฎหมายภายในได้ ส่วนประเทศที่ยึดถือหลักเอกนิยม (Monism) ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน แต่ยังแยกเป็นหลายแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายใดเหนือกว่า เช่นในกรณีของประเทศฝรั่งเศสถือว่าสนธิสัญญาระหว่างประเทศอยู่เหนือกฎหมายภายใน¹³² เมื่อรัฐทำสนธิสัญญาแล้วย่อมผูกพันรัฐ แต่ภาคีของสนธิสัญญารัฐอื่นๆก็ต้องปฏิบัติตามในทำนองเดียวกันตามหลักต่างตอบแทน (Reciprocity) ด้วย

สำหรับสหรัฐอเมริกา นั้น รัฐธรรมนูญสหพันธรัฐได้บัญญัติว่าสนธิสัญญามีฐานะเสมอภาคเทียมกันกับรัฐบัญญัติ (Act) โดยสนธิสัญญาอาจจะยกเลิกกฎหมายภายในของสหรัฐที่มีอยู่ก่อนวันใช้บังคับของสนธิสัญญาได้ และในทำนองเดียวกันรัฐบัญญัติที่บัญญัติขึ้นภายหลังก็อาจจะยกเลิกสนธิสัญญาได้เช่นกัน แต่ในกรณีนี้ในทางกฎหมายระหว่างประเทศสหรัฐยังต้องถูกผูกพันตามสนธิสัญญาในฐานะภาคีของสนธิสัญญาต่อรัฐภาคีอื่น เพียงแต่ตามกฎหมายภายในสหรัฐ กฎหมายที่บัญญัติในภายหลังจะไม่รับรู้สนธิสัญญาที่ทำก่อนนั้นหากสนธิสัญญานั้นถูกกฎหมายใหม่ดังกล่าวมายกเลิก และการที่กฎหมายภายในขัดกับสนธิสัญญาก็เป็นสิ่งที่ขัดกฎหมายระหว่างประเทศ และอาจจะทำให้เกิดความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศได้ โดยเหตุนี้สหรัฐอเมริกาก็มีการแยกประเภทสนธิสัญญาออกเป็นสนธิสัญญาที่มีผลบังคับในตัว (Self Executing) กับสนธิสัญญาที่ไม่มีผลบังคับในตัว (Non-Executing) สนธิสัญญาชนิดแรกนั้นหมายถึงสนธิสัญญาที่มีรายละเอียดของบทบัญญัติต่างๆ ที่สามารถบังคับใช้โดยศาลภายในรัฐได้ ส่วนสนธิสัญญาประเภทหลัง หมายถึงสนธิสัญญาที่มีได้เกี่ยวข้องกับกับการบังคับใช้ภายในรัฐ เช่น สนธิสัญญาพันธมิตร ในกรณีนี้ รัฐบาลสหรัฐอาจเห็นว่าจำเป็นต้องมีรัฐบัญญัติหรือกฎหมายอื่นๆ มาบังคับใช้สนธิสัญญาโดยบัญญัติเป็นกฎหมายภายในเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น¹³³ ดังนั้นไม่ว่ารัฐที่ทำสนธิสัญญานั้นจะเป็นสหพันธรัฐก็ตามก็ต้องผูกพันตามสนธิสัญญาทุกส่วนของประเทศ ทั้งนี้ตามมาตรา 29 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969ดังกล่าวข้างต้น และสหพันธรัฐนั้นจะอ้างกฎหมายภายใน หรือของมลรัฐ มาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ ตามมาตรา 46-47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 และ

¹³² มาตรา 55 รัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาหรือข้อตกลงที่ได้ให้สัตยาบันอย่างถูกต้อง หรือได้รับความเห็นชอบแล้วย่อมมีฐานะอยู่เหนือพระราชบัญญัติ นับตั้งแต่วันที่มีการประกาศใช้สนธิสัญญาหรือข้อตกลงดังกล่าว ทั้งนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าภาคีของสนธิสัญญาอีกฝ่าย (หรือฝ่ายอื่นๆในกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี) จะปฏิบัติอย่างเดียวกันสำหรับการใช้ข้อตกลงหรือสนธิสัญญาแต่ละฉบับ”

¹³³ ประสิทธิ์ เอกบุตร (2538) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 หน้า 146-7 กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

หากรัฐไม่สามารถอนุวัติการตามสนธิสัญญาได้ย่อมทำให้รัฐนั้นต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศดังกล่าว

ผลของสนธิสัญญาต่อปัจเจกชน โดยปกติสนธิสัญญาจะมีผลผูกพันเฉพาะระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาเท่านั้น มิได้มีผลผูกพันต่อปัจเจกชน แต่รัฐภาคีที่ทำสนธิสัญญาอาจจะตกลงกันให้สิทธิตามสนธิสัญญาแก่ปัจเจกชนในการฟ้องร้องเพื่อให้มีการบังคับตามสนธิสัญญาได้โดยตรง ถือว่าสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับโดยตรงต่อปัจเจกชน (Direct Effect) เช่นในกรอบของศูนย์กลางระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน (International Center for the Settlement of Investment Disputes) I.C.S.I.D. ซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยอนุสัญญาว่าด้วยการระงับข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐกับคนชาติของรัฐอื่น (The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States) ลงวันที่ 18 มีนาคม 1969 มีข้อกำหนดให้ออกชนสามารถฟ้องร้องรัฐเป็นจำเลยในคดีเกี่ยวกับการลงทุนได้โดยตรงด้วยตนเองไม่จำเป็นต้องรอให้รัฐยื่นมือเข้าช่วยเหลือ หรือให้ความคุ้มครองทางการทูต หรือ ในอนุสัญญากรุงโรม (Rome Convention 1950) ซึ่งเป็นอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป มีข้อกำหนดให้ปัจเจกชนสามารถฟ้องคดีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนยุโรปได้โดยตรง เป็นต้น อย่างไรก็ตามสนธิสัญญาที่มีผลบังคับโดยตรงต่อเอกชนนี้ ปัจเจกชนเพียงแต่ได้รับสิทธิบางประการตามสนธิสัญญาเท่านั้นตามที่รัฐภาคีกำหนดไว้ในสนธิสัญญา และสนธิสัญญาดังกล่าวเป็นสนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างรัฐ

การตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา

1. ความหมายและวัตถุประสงค์ของการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา

มาตรา 2.1 (d) ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้นิยามความหมายของการตั้งข้อสงวนว่า หมายถึง “ถ้อยแถลงฝ่ายเดียวไม่ว่าจะมีชื่อเรียกหรือมีวลี ว่าอย่างไรก็ตามซึ่งกระทำโดยรัฐภาคีในขณะที่มีการลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือ ให้การภาคยานุวัติ ในสนธิสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะยกเว้น หรือ เปลี่ยนแปลงผลบังคับทางกฎหมายของข้อบทในสนธิสัญญาเฉพาะข้อบทหนึ่งหรือบางข้อบท ในการที่จะบังคับใช้ต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้น”¹³⁴ จากบทนิยามดังกล่าวข้างต้นนี้ มีองค์ประกอบของการตั้งข้อสงวนที่สำคัญสองประการที่จะต้องพิจารณา คือ

ประการแรก ถ้อยคำที่ว่า “ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกหรือมีวลีว่าอย่างไรก็ตาม” นั้นสะท้อนให้เห็นว่ารัฐภาคีไม่อาจจะหลีกเลี่ยงว่าไม่ได้ตั้งข้อสงวน โดยการให้ถ้อยแถลงฝ่ายเดียวอันเป็นการตั้งข้อสงวนนั้น

¹³⁴ Art. 2.1 (d) “reservation” means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving, or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State.

เพียงแต่ใช้ชื่อเรียกเป็นอย่างใดอย่างหนึ่งแทน กล่าวคือไม่ว่ารัฐภาคีจะเรียกการตั้งข้อสงวนนั้นๆ เป็นประการอื่นใด ๆ ก็ตาม ถ้อยแถลงนั้นๆ ก็มีฐานะเป็นข้อสงวน โดยให้ยึดถือสารัตถะแห่งข้อสงวนนั้นเป็นสำคัญ

ประการที่สอง โดยการพิจารณาถึงสารัตถะแห่งถ้อยแถลงนั้นเป็นสำคัญดังกล่าว จึงต้องพิจารณาว่าถ้อยแถลงฝ่ายเดียวของรัฐภาคีนั้นมีวัตถุประสงค์ในการยกเว้น หรือเปลี่ยนแปลง ผลทางกฎหมายแห่งบทบัญญัติใด ๆ ของสนธิสัญญาในอันที่จะมีผลบังคับต่อรัฐภาคีผู้ตั้งข้อสงวนนั้นๆ หรือไม่ ซึ่ง การพิจารณาองค์ประกอบนี้มีความสำคัญ เนื่องจากถ้อยแถลงฝ่ายเดียวในบางกรณีเห็นได้ชัดว่าไม่ได้มีวัตถุประสงค์ดังกล่าว เช่นรัฐได้แถลงถึงเจตนารมณ์เบื้องต้นทางการเมือง หรือได้เพิ่มเติมในส่วนของการไขข้อเป็นลักษณะตามกฎหมายภายใน มิได้มีลักษณะในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่กระทบต่อพันธกรณีระหว่างรัฐภาคีนั้นๆ กับรัฐภาคีอื่นๆ¹³⁵ เป็นต้น

การพิจารณาองค์ประกอบทั้งสองประการนี้เพื่อให้ทราบว่าถ้อยแถลงฝ่ายเดียวในแต่ละกรณีถือเป็นการตั้งข้อสงวนของรัฐภาคีหรือไม่ การตีความข้อสงวนจึงมักต้องกระทำในขณะที่มีการตั้งข้อสงวนนั้น โดยพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของรัฐภาคีที่ตั้งข้อสงวนนั้นจากบรรดาเอกสาร และตราสารต่าง ๆ ประกอบด้วย และตัวถ้อยแถลงที่เป็นข้อสงวนนั้นเองก็ย่อมตกอยู่ภายใต้การตีความตามกฎหมายระหว่างประเทศ

การตั้งข้อสงวนโดยสภาพมักจะไม่มีเกิดขึ้นในกรณีสนธิสัญญาทวิภาคี เนื่องจากหากรัฐภาคีฝ่ายใดในสนธิสัญญาทวิภาคีไม่ประสงค์ที่จะให้ข้อบทในสนธิสัญญาผูกพันตน หรือมีการเปลี่ยนแปลงก็มักจะเสนอขอเจรจาในส่วนนั้นๆ ใหม่ (A proposal to re-open negotiations on the point at issue) แต่ในกรณีของสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น หากการแสดงข้อคัดค้านใดๆ ในการทำสนธิสัญญาพหุภาคีในที่ประชุมระหว่างประเทศที่จัดขึ้นเพื่อการทำสนธิสัญญานั้นๆ ตกไปเนื่องจากรัฐส่วนใหญ่เห็นชอบด้วยในข้อบทที่รัฐนั้นคัดค้านและภายหลังได้มีการบรรลุถึงการทำสนธิสัญญา รัฐที่คัดค้านดังกล่าวนั้นย่อมไม่ประสงค์ที่จะถูกผูกพันตามข้อบทที่รัฐนั้นไม่เห็นด้วย ดังนั้นการทำสนธิสัญญาพหุภาคีโดยรัฐภาคีหลายฝ่ายที่บางรัฐประสงค์ที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาในสาระ สำคัญส่วนใหญ่ แต่ไม่เห็นด้วย หรือไม่ประสงค์ที่จะรับข้อบทเฉพาะบางบทจึงจำเป็นต้องมีกระบวนการในการตั้งข้อสงวน ทั้งนี้เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐภาคีเหล่านี้ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาแต่ตั้งข้อสงวนที่จะไม่ผูกพัน หรือเปลี่ยนแปลงความผูกพันบางประการในสนธิสัญญานั้นๆ โดยมีรัฐภาคีบางรัฐหรือทั้งหมดให้ความเห็นชอบด้วย ขณะเดียวกันก็อาจจะมีกรณีที่บางรัฐภาคีที่ไม่เห็นชอบด้วยกับข้อสงวนดังกล่าวนั้นก็สามารคัดค้านข้อสงวนนั้นได้ นอกจากนั้นในบางกรณีก็ไม้อาจจะตั้งข้อสงวนได้ ในหัวข้อต่อไปจึงเป็นเรื่องของการพิจารณาว่าการตั้งข้อสงวนจะกระทำได้หรือไม่ในกรณีใดบ้าง

¹³⁵ เช่นกรณี Eg Power Authority of the State of New York V Federal Power Commission, ILR 24 (1975), p. 557

2. วิธีการตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญา (Formulation of reservations)

มาตรา 19 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า รัฐสามารถตั้งข้อสงวนในสนธิสัญญาได้เมื่อรัฐลงนาม ให้สัตยาบัน ให้การยอมรับ ให้ความเห็นชอบ หรือให้การภาคยานุวัติ ในสนธิสัญญา เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้ (ก) สนธิสัญญานั้นได้ห้ามการตั้งข้อสงวน¹³⁶ (ข) สนธิสัญญานั้นได้บัญญัติว่าเฉพาะข้อสงวนที่กำหนดไว้เท่านั้นที่รัฐภาคีสามารถทำได้¹³⁷ และไม่รวมถึงข้อสงวนที่รัฐนั้นขอตั้งขึ้น หรือ (ค) กรณีที่ไม่อยู่ภายใต้ อนุ ก และ ข และข้อสงวนนั้นไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ และ ความมุ่งหมายของอนุสัญญานี้¹³⁸ ทั้งสามกรณีข้างต้นนี้ไม่สามารถตั้งข้อสงวน

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการตั้งข้อสงวนนั้นไม่อาจจะกระทำได้ทุกกรณีไป จะต้องขึ้นอยู่กับสนธิสัญญา และเป็นไปตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นแนะนำดังกล่าวในปี ค.ศ. 1951 ในกรณีการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการห้าม และการลงโทษอาชญากรรมฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide)¹³⁹ ยิ่งกว่านั้นในกรณีที่สนธิสัญญาได้บัญญัติข้อกำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่มาจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ หรือที่เป็นหลักกฎหมายที่ไม่อาจก้าวล่วงได้ Jus Cogens รัฐภาคีย่อมต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เป็นกฎหมายดังกล่าวเสมอจะตั้งเป็นข้อสงวนไม่ได้

3. การยอมรับ (Acceptance) และการคัดค้าน (Objection) ข้อสงวน

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนมีอยู่สองประการคือ ข้อสงวนนั้นกระทำได้หรือไม่ (Permissibility of reservation) และข้อสงวนนั้นจะถูกคัดค้านได้หรือไม่ (Opposability of reservation)¹⁴⁰ เป็นประเด็นที่ต้องทำความเข้าใจในเบื้องต้นเสียก่อน เนื่องจากเป็นเรื่องของการตีความในสนธิสัญญาว่า การตั้งข้อสงวนนั้นจะทำได้หรือไม่ภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ ในขั้นนี้มิใช่เป็นเรื่องนโยบายในการยอมรับหรือคัดค้านข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่น กล่าวคือต้องพิจารณาในเบื้องต้นเสียก่อนว่าการตั้งข้อ

¹³⁶ เช่น ข้อ 309 แห่งอนุสัญญาสหประชาชาติว่าด้วยกฎหมายทะเล ค.ศ. 1982 ซึ่งบัญญัติว่า ข้อสงวน หรือข้อยกเว้นในอนุสัญญานี้ไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่จะอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งโดยข้ออื่นๆแห่งอนุสัญญานี้

¹³⁷ ได้แก่ตัวอย่าง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยพันธกรณีในการเป็นทหารของบุคคลที่มีหลายสัญชาติ ปี ค.ศ. 1963 (TS NO. 88m(1981)) ซึ่งกำหนดว่าข้อสงวนบางประเภทเท่านั้นที่สารสามารถกระทำได้ และเยอรมนีได้ให้สัตยาบันในสนธิสัญญานับนี้โดยการตั้งข้อสงวนไม่ให้ข้อบทของสนธิสัญญาบางมาตราใช้บังคับกับเบอร์ลิน ซึ่งภาคีสมาชิกอื่นๆให้ความเห็นชอบด้วย

¹³⁸ Art. 19 Formulation of reservations. A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless: (a) the reservation is prohibited by the treaty; (b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or (c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the objective and purpose of the treaty.

¹³⁹ ICJ Rep (1951), p.15

¹⁴⁰ Bowett, *Reservations to non-restricted Multilateral Treaties*, B.Y.I.L. vol. 67 (1976-1977), pp. 88-90. อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 230 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

สงวนนั้นกระทำได้หรือไม่ตามมาตรา 19 ซึ่งหากมีปัญหาในการตีความสนธิสัญญาในกรณีนี้สามารถนำประเด็นข้อสงสัยนี้เสนอต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้¹⁴¹ หากการตั้งข้อสงวนกระทำได้ จึงมาสู่ประเด็นว่าข้อสงวนนั้นจะเป็นที่ยอมรับ หรือคัดค้าน ตามมาตรา 20-21 หรือไม่ โดยหลักการทั่วไปแล้วข้อสงวนที่ทำโดยรัฐภาคีหนึ่งอาจจะได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นๆ หรือ หากมีรัฐภาคีใดไม่เห็นด้วยกับการตั้งข้อสงวนนั้น ก็สามารถที่จะคัดค้านข้อสงวนนั้นได้ ซึ่งมีผลทางกฎหมายต่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนแตกต่างกัน ในหัวข้อนี้จะอธิบายเกี่ยวกับการยอมรับและการคัดค้านข้อสงวน

มาตรา 20 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยอมรับ และการคัดค้านข้อสงวนว่า

1. ข้อสงวนที่ได้รับอนุญาตไว้อย่างชัดแจ้งให้กระทำได้โดยสนธิสัญญา ไม่จำเป็นที่จะต้องได้รับการยอมรับจากรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญานั้นอีก เว้นแต่ในสนธิสัญญานั้นเองได้กำหนดไว้เช่นนั้น¹⁴²

2. เมื่อเป็นที่ปรากฏจากจำนวนภาคีสมาชิกอันมีจำนวนจำกัดซึ่งได้เข้าร่วมเจรจาสนธิสัญญา และจากวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญาว่าการบังคับใช้สนธิสัญญาดังกล่าวทั้งฉบับระหว่างภาคีสมาชิกทั้งหมดเป็นเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญในการให้ความยินยอมของแต่ละรัฐภาคีจะผูกพันตามสนธิสัญญาแล้ว ข้อสงวนนั้นจะต้องได้รับการยอมรับจากภาคีสมาชิกทั้งหมดด้วย¹⁴³

3. เมื่อสนธิสัญญาเป็นตราสารที่ก่อตั้งองค์การระหว่างประเทศ ข้อสงวนในสนธิสัญญานั้นจะต้องได้รับการยอมรับจากองค์กรที่มีอำนาจขององค์การระหว่างประเทศนั้นด้วย เว้นแต่จะมีบทบัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁴⁴

4. ในกรณีที่ไม่มีตกอยู่ภายใต้วรรคก่อนหน้านี และเว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

(ก) การยอมรับข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นทำให้รัฐที่ตั้งข้อสงวนเป็นภาคีของสนธิสัญญาในความสัมพันธ์กับรัฐภาคีอื่นที่ยอมรับข้อสงวนนั้น ถ้า และเมื่อสนธิสัญญานั้นมีผลบังคับต่อรัฐภาคีเหล่านั้น

(ข) การคัดค้านข้อสงวนโดยรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญาไม่เป็นการขัดขวางการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐที่คัดค้านข้อสงวนนั้น เว้นแต่รัฐที่คัดค้านข้อสงวนนั้นจะแสดงเจตนาอย่างชัดแจ้งแน่นอนเป็นอย่างอื่น

(ค) การกระทำที่แสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนด้วยนั้น จะมีผลบังคับทันทีที่อย่างน้อยรัฐภาคีอื่นๆหนึ่งรัฐได้ยอมรับข้อสงวนนั้น¹⁴⁵

¹⁴¹ Id, pp 230-233.

¹⁴² Art. 20.1 A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

¹⁴³ Art. 20.2 When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

¹⁴⁴ Art. 20.3 When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

5. เพื่อความมุ่งประสงค์ตามข้อ 2 และ 4 ข้างต้น และ เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ถือว่ารัฐภาคีอื่นๆ ได้ยอมรับข้อสงวนนั้น หากปรากฏว่าไม่มีการคัดค้านข้อสงวนนั้นเมื่อสิ้นสุดระยะเวลา 12 เดือน หลังจากที่ได้มีการบอกกล่าวการตั้งข้อสงวน หรือ นับตั้งแต่วันที่ได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาโดยรัฐภาคีนั้นๆ สุดแต่แต่ระยะเวลาใดจะถึงช้ากว่า¹⁴⁶

ในคดีเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวนในอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันและการลงโทษอาชญากรรมการฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้ให้ความเห็นในคดีดังกล่าวโดยสังเขปว่า (ก) รัฐภาคีที่ได้ตั้งข้อสงวน โดยมีรัฐภาคีหนึ่ง หรือมากกว่านั้นของสนธิสัญญาแต่ไม่ได้ถูกคัดค้านโดยภาคีอื่นๆ ที่เหลือ รัฐที่ตั้งข้อสงวนยังคงเป็นภาคีของสนธิสัญญา หากข้อสงวนนั้นไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา (ข) หากรัฐภาคีใดของสนธิสัญญาคัดค้านข้อสงวนซึ่งรัฐภาคีนั้นถือว่าขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นจะถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนไม่ใช่ภาคีของสนธิสัญญา และ (ค) ในทางตรงกันข้าม หากรัฐภาคีที่ยอมรับข้อสงวนโดยพิจารณาว่าข้อสงวนนั้นสอดคล้องกับวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐนั้นจะถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น¹⁴⁷ ความเห็นของศาลในคดีดังกล่าวสะท้อนให้เห็นหลักเกณฑ์ที่ยอมรับการตั้งข้อสงวนโดยไม่จำเป็นที่จะต้องอาศัยการยอมรับในข้อสงวนนั้นจากรัฐภาคีอื่นๆ อย่างเอกฉันท์ หากข้อสงวนนั้นไม่ขัดต่อวัตถุประสงค์และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา รัฐที่ตั้งข้อสงวนก็ยังคงเป็นภาคีของสนธิสัญญานั้น

4. ผลทางกฎหมายของข้อสงวน และ ของการคัดค้านข้อสงวน (Legal effects of reservations and of objections to reservations)

ในกรณีที่สามารถตั้งข้อสงวนได้นั้น ผลทางกฎหมายของข้อสงวน และการคัดค้านข้อสงวนได้บัญญัติไว้ในมาตรา 21 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังนี้ คือ

¹⁴⁵ Art. 20.4 In cases not failing under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides: (a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States; (b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State; (c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

¹⁴⁶ Art. 20 .5 For the purposes of paragraph 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

¹⁴⁷ ICJ Rep (1951) , p 15.

(1) ข้อสงวนที่ตั้งขึ้นนั้นโดยได้รับการยอมรับ หรือ ถือว่าได้รับการยอมรับ ตาม ข้อ 19, 20 และ 23 จะมีผลทางกฎหมายดังนี้

(ก) เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของสนธิสัญญาสำหรับรัฐที่ตั้งข้อสงวนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐนั้นกับรัฐภาคีอื่นๆในส่วนซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนเพียงเท่าที่ขอบเขตแห่งข้อสงวนนั้นได้กำหนดไว้ และ

(ข) เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาสำหรับภาคีอื่นนั้นในความสัมพันธ์ของตนที่มีอยู่ต่อรัฐซึ่งตั้งข้อสงวนภายในขอบเขตแห่งข้อสงวนเดียวกันนั้น

(2) ข้อสงวนนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงบทบัญญัติของสนธิสัญญาสำหรับรัฐภาคีอื่นๆของสนธิสัญญานั้นๆในระหว่างกันเอง

(3) เมื่อรัฐที่คัดค้านข้อสงวนไม่ได้คัดค้านการมีผลบังคับของสนธิสัญญาระหว่างรัฐนั้นกับรัฐที่ตั้งข้อสงวน บทบัญญัติซึ่งได้มีการตั้งข้อสงวนเอาไว้จะไม่ใช้บังคับกับรัฐทั้งสองฝ่ายนั้นภายในขอบเขตของข้อสงวนที่กำหนดไว้¹⁴⁸

ดังนั้นหากรัฐภาคีที่คัดค้านข้อสงวนได้คัดค้านการมีผลของสนธิสัญญาด้วย ย่อมถือว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐที่คัดค้านข้อสงวนดังกล่าวนั้นไม่มีความสัมพันธ์ใดๆทางสนธิสัญญาต่อกัน

5. กระบวนการเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน (Procedure regarding reservations)

หลักทั่วไปเกี่ยวกับการตั้งข้อสงวน การยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนนั้น จะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งไปยังรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญาอื่นๆตลอดทั้งรัฐอื่นใดซึ่งมีสิทธิที่จะเข้าเป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นด้วย ทั้งนี้เป็นไปตาม มาตรา 23.1¹⁴⁹ ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ส่วนกรณีการตั้งข้อสงวนซึ่งกระทำเมื่อได้มีการลงนามซึ่งจะต้องให้สัตยาบันอีกครั้งหนึ่ง หรือต้องให้มีการยอมรับ หรือต้องให้มีการให้ความเห็นชอบนั้น การตั้งข้อสงวนนั้นจะต้องได้รับการยืนยันอย่างเป็นทางการอีกครั้งหนึ่งโดยรัฐที่ตั้งข้อสงวนนั้นเมื่อได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา ในกรณีดังกล่าวนี้การตั้งข้อ

¹⁴⁸ Art. 21. Legal effects of reservations and of objections to reservations. 1. A reservation established with regards to another party in accordance with articles 19, 20, and 23; (a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and (b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State. 2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty *inter se*. (3) When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

¹⁴⁹ Art. 23 Procedure regarding reservations. 1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

สงวนนั้นให้ถือว่าได้กระทำขึ้นในวันที่ได้มีการยืนยันเช่นนั้น¹⁵⁰ หากการยอมรับ หรือ การคัดค้านข้อสงวนโดยชัดแจ้งซึ่งได้กระทำก่อนหน้านั้นโดยรัฐภาคีอื่นๆแล้ว การยอมรับ หรือการคัดค้านเช่นนั้นก็ไม่จำเป็นต้องมีการยืนยันจากรัฐที่ยอมรับ หรือคัดค้านข้อสงวนดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง¹⁵¹ และการถอนข้อสงวน หรือ การถอนการคัดค้านข้อสงวนจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรด้วย¹⁵²

6. การถอนข้อสงวนและการถอนการคัดค้านข้อสงวน (Withdrawal of reservations and of objections to reservations)

มาตรา 22.1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ข้อสงวนนั้นอาจจะถูกถอนได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง และรัฐที่ให้การยอมรับข้อสงวนนั้นไม่จำเป็นต้องให้การยอมรับในการถอนข้อสงวนนั้นอีก” ซึ่งมีความหมายว่ารัฐที่ตั้งข้อสงวนจะถอนข้อสงวนนั้นในเวลาใดก็ได้ ส่วนรัฐที่ให้ความยินยอมในการตั้งข้อสงวนนั้นไม่จำเป็นต้องให้การยินยอมในการถอนข้อสงวนนั้น “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และ มาตรา 22.2 ได้บัญญัติไว้ว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การคัดค้านข้อสงวนอาจจะถูกถอนได้ในเวลาใดเวลาหนึ่ง” เช่นเดียวกัน และ มาตรา 22.3 ได้บัญญัติต่อไปว่า “เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือ ได้มีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น (ก) การถอนข้อสงวนนั้น จะมีผลบังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ได้ถอนข้อสงวนกับรัฐภาคีอื่นๆต่อเมื่อรัฐอื่นๆเหล่านั้นได้รับหนังสือบอกกล่าวในการถอนข้อสงวนนั้นแล้ว (ข) การถอนการคัดค้านข้อสงวนจะเป็นผล ต่อเมื่อรัฐที่ได้ตั้งข้อสงวนนั้นได้รับหนังสือบอกกล่าวการถอนการคัดค้านนั้นแล้ว”¹⁵³

¹⁵⁰ Art. 23. 2 If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

¹⁵¹ Art. 23.3 An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

¹⁵² Art. 23. 4 The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

¹⁵³ Art. 22 Withdrawal of reservations and of objections to reservations 1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal. 2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time. (3) Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed: (a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State; (b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

5.10 การแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่กระทำขึ้นแล้วนั้นอาจจะมีการแก้ไขเพิ่มเติม (Amendment) หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลง (Modification) ในภายหลังได้ แต่ผลทางกฎหมายของการแก้ไขเพิ่มเติมและการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นมีความแตกต่างกัน การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา (Amendment) หมายถึงการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาอย่างเป็นทางการเพื่อให้มีผลต่อรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นทุกรัฐ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่าในสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีภาคีสมาชิกจำนวนมาก การจะได้รับมติเอกฉันท์จากทุกภาคีในการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นเป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก¹⁵⁴ ในขณะที่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา (Modification) นั้นเป็นการเปิดโอกาสให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาบางรัฐที่จะทำความตกลงระหว่างกันเองเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาให้มีผลบังคับเป็นการเฉพาะในระหว่างกันเองของรัฐภาคีที่ตกลงให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นๆได้และไม่บังคับต่อรัฐภาคีทุกรัฐ¹⁵⁵ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติอาจจะจำแนกการแก้ไขทั้งสองประเภทอย่างชัดแจ้งเด็ดขาดไม่ได้ เนื่องจากในบางกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาอาจจะไม่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐภาคีทั้งหมด การแก้ไขเพิ่มเติมจึงบังคับได้เฉพาะระหว่างรัฐภาคีที่เห็นชอบด้วย จึงกลายเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา ในทางตรงกันข้าม การที่รัฐภาคีบางรัฐประสงค์ที่จะให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาเพื่อบังคับระหว่างรัฐบางรัฐด้วยกัน แต่กลับได้รับความเห็นชอบจากรัฐทั้งปวงด้วยกัน การแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นจึงกลายเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม จึงเห็นได้ว่าการจำแนกการแก้ไขทั้งสองประเภทยังไม่ชัดเจนนักเป็นเพียงแนวคิดเบื้องต้นเพื่อการพิจารณาเท่านั้น¹⁵⁶

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 39 และ มาตรา 40 ส่วนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นบัญญัติไว้ในมาตรา 41 ซึ่งมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้คือ

1. การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา (Amendment)

มาตรา 39 บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาว่า “สนธิสัญญานั้นอาจมีการแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยการทำความตกลงระหว่างรัฐภาคี โดยอาศัยกฎเกณฑ์ต่างๆที่บัญญัติไว้ในภาค 2 ซึ่งใช้บังคับเกี่ยวกับการทำสนธิสัญญาและการมีผลบังคับของสนธิสัญญา โดยนำมาปรับใช้กับ

¹⁵⁴ Jennings & Watts (1992) Oppenheim's International Law 9th edition, Vol 1, Part 2-4, p.1255. London: Longman.

¹⁵⁵ Y.B.I.L.C., vol II (1966) , p.62 อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 248 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

¹⁵⁶ Id.

ความตกลงดังกล่าว เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”¹⁵⁷ สนธิสัญญานั้นอาจจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยการตกลงด้วยวาจาได้ หรือแก้ไขด้วยการตกลงโดยชัดแจ้งซึ่งปรากฏเป็นหลักฐาน คือ การปฏิบัติของรัฐภาคีสืบเนื่องจากผลของการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นๆ¹⁵⁸ สิ่งที่จะต้องพิจารณาคือการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้นแตกต่างจากการแก้ไขข้อบทของสนธิสัญญาที่ผิดพลาดให้ถูกต้อง (The correction of errors in the text) ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 79 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างกัน

สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น มาตรา 40 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า

(1) เว้นแต่สนธิสัญญาได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีจะอยู่ภายใต้บังคับของวรรคต่อไปนี้

(2) คำเสนอขอแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาพหุภาคีที่มีผลในระหว่างรัฐภาคีทั้งปวงจะต้องบอกกล่าวไปยังรัฐภาคีทั้งปวงเหล่านั้น รัฐภาคีแต่ละรัฐจะมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมใน

(ก) การตัดสินใจในการดำเนินการเกี่ยวกับข้อเสนอเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น

(ข) การเจรจาและการตกลงทำความตกลงใดๆ ในการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น

(3) ทุกๆรัฐที่มีสิทธิที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญาย่อมมีสิทธิที่จะเป็นภาคีของสนธิสัญญาตามที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม

(4) ความตกลงแก้ไขสนธิสัญญานั้นไม่ผูกพันรัฐภาคีใดๆที่เป็นภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นอยู่ก่อนแล้ว และไม่ได้เป็นภาคีของความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว ทั้งนี้ให้นับบทบัญญัติในมาตรา 30 วรรค 4(b) มาปรับใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์กับรัฐดังกล่าว

(5) รัฐใดๆซึ่งได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาภายหลังจากการมีผลบังคับของความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้นๆ หากไม่ได้แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งเป็นประการอื่น ให้ถือว่า

(ก) รัฐภาคีนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมนั้นๆ

¹⁵⁷ Art. 39 General rule regarding the amendment of treaties. A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except in so far as the treaty may otherwise provide.

¹⁵⁸ คณะกรรมาธิการกฎหมายได้เสนอข้อบทที่ว่าด้วยการแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาโดยทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐ ซึ่งปรากฏในร่างข้อบทมาตรา 38, YBILC (1966), ii, pt 2, p236), อย่างไรก็ตามข้อเสนอดังกล่าวได้ตกไปและไม่มีการบัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969. แต่ในทางปฏิบัติได้มีการยอมรับวิธีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐ (Subsequent practice) ในการแก้ไขเพิ่มเติม ความตกลงระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ ฝรั่งเศส ว่าด้วยการอนุญาตตุลาการ การให้บริการขนส่งทางอากาศ USA-France Air Transport Service Agreement Arbitration (1963), ILR, 38, pp 182, 248-55, และกรณี Italy-USA Air Transport Arbitration (1965), ILR, 45, p 393. และโปรดดู Tabat Award (1989), ILR, 80, p.224. ทางปฏิบัติต่อๆมาของรัฐภาคียังช่วยในเรื่องการตีความของสนธิสัญญาด้วย

(ข) รัฐภาคนั้นเป็นภาคีของสนธิสัญญาที่ไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ในความสัมพันธ์กับรัฐภาคีใดๆ แห่งสนธิสัญญาที่ไม่ถูกผูกพันโดยความตกลงแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญานั้น¹⁵⁹

2. การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา (Modification)

มาตรา 41 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ได้บัญญัติเกี่ยวกับการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาไว้ดังนี้ “ภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีตั้งแต่สองภาคี หรือมากกว่านั้น อาจจะร่วมกันทำความตกลงเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาระหว่างกันได้ ถ้า

- (ก) สนธิสัญญานั้นได้กำหนดไว้ว่าสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นๆ ได้ หรือ
 - (ข) สนธิสัญญานั้นไม่ได้กำหนดห้ามการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา และ
 - (ค) ไม่มีผลกระทบต่อการใช้สิทธิของรัฐภาคีอื่นๆ ภายใต้สนธิสัญญานั้น หรือต่อการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นๆ
 - (ง) ไม่เกี่ยวเนื่องกับข้อบทของสนธิสัญญา ซึ่งการทำให้เสื่อมเสียไปซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนั้นเป็นการขัดกับการที่สนธิสัญญานั้นจะมีผลบังคับอย่างมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญาทั้งฉบับ
7. นอกจากกรณีซึ่งอยู่ภายใต้วรรค 1 (a) หากเป็นกรณีอื่นๆ แล้ว เว้นแต่สนธิสัญญาได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น รัฐภาคีที่ประสงค์ที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาจะต้องบอกกล่าวรัฐภาคีอื่นๆ ถึงเจตนารมณ์ที่จะทำความตกลงดังกล่าวและบอกกล่าวถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นๆ ซึ่งจะกำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้นด้วย¹⁶⁰

¹⁵⁹ Art. 40. Amendment of multilateral treaties. 1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in: (a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal; (b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4(b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State: (a) be considered as a party to the treaty as amended; and (b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

¹⁶⁰ Art. 41. Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only

การเปิดโอกาสให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญานั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบัน ซึ่งมีความเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นรวดเร็วในทุกๆด้าน สนธิสัญญาที่มีความตกลงเกี่ยวข้องกับทางด้านเทคนิค วิทยาการ เช่นความร่วมมือทางด้านการสื่อสาร การไปรษณีย์ การเดินอากาศ การจัดสรร วงโคจรของดาวเทียม คลื่นความถี่วิทยุ ตลอดจนความร่วมมือ หรือการรวมตัวทางเศรษฐกิจ ซึ่งวิวัฒนาการที่เกิดขึ้นใหม่ หรือ เงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง วิวัฒนาการทางกฎหมาย ที่เปลี่ยนแปลงไป ย่อมทำให้รัฐภาคีมีความจำเป็นที่จะต้องมีการตกลงเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงสนธิสัญญาที่เคยตกลงกันไว้นั้น เพื่อความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาวะแวดล้อมต่างๆที่เกิดขึ้น

5.11 การตีความสนธิสัญญา

1. วัตถุประสงค์ของการตีความสนธิสัญญา (Interpretation of treaties)

การตีความสนธิสัญญามีจุดมุ่งหมายในการให้ความหมายของข้อบทในสนธิสัญญา ให้มีความแน่นอนชัดเจน และให้เข้าใจตรงกันระหว่างภาคีทั้งปวง ซึ่งภาคีของสนธิสัญญาจะต้องยึดถือในความสัมพันธ์ระหว่างคู่ภาคีทั้งหลายในส่วนที่เกี่ยวกับข้อบทนั้น ภายใต้สถานการณ์ใดๆอันอาจจะก่อให้เกิดปัญหาการเข้าใจในความหมายที่แตกต่างกันไป แต่สิ่งที่สำคัญคือ การตีความนั้นจะใช้วิธี หรือยึดถือหลักเกณฑ์อย่างไรในการตีความ นั้นเป็นประเด็นที่สำคัญยิ่ง มีความเห็นจำแนกเป็นสองฝ่ายคือ ฝ่ายแรกเห็นว่าการตีความนั้นมีความมุ่งหมายเพื่อการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของคู่ภาคีแห่งสนธิสัญญา จึงต้องย้อนกลับไปศึกษางานเตรียมร่างสนธิสัญญา ส่วนอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่า การตีความนั้นให้ความสำคัญกับถ้อยคำในสนธิสัญญาเป็นหลัก โดยให้ยึดถือความหมายที่เป็นกลางๆตามถ้อยคำ และพิจารณาว่างานเตรียมร่างเป็นเพียงส่วนสนับสนุนในการตีความเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศเห็นด้วยกับแนวความคิดที่สอง เนื่องจากถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา คือ ถ้อยคำที่แสดงออกถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสนธิสัญญา รัฐภาคีที่เจรจาจึงกำหนดถ้อยคำไว้เช่นนั้น และโดยปกติหากข้อความในสนธิสัญญา มีความแน่นอนชัดเจน และเข้าใจได้โดยทันที ก็ไม่มีความจำเป็นต้อง

-
1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if;
 - (a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or (b) the modification in question is not prohibited by the treaty and: (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.
 2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

ตีความกันอีก¹⁶¹ และไม่จำเป็นต้องใช้กฎเกณฑ์ในการตีความ แต่ก็มีปัญหาต่อไปว่าข้อความใดที่ถือได้ว่ามีความชัดเจนแล้วซึ่งประเด็นนี้ก็ต้องมีการตีความกันโดยรัฐภาคีเมื่อเกิดมีปัญหาเกิดขึ้น

มาตรา 31 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักทั่วไปในการตีความไว้ว่า

1. การตีความสนธิสัญญาให้ตีความโดยสุจริต (Good Faith) ตามความหมายปกติธรรมดาของถ้อยคำ (Terms) ที่ปรากฏในสนธิสัญญานั้นในบริบท (Context) ของถ้อยคำเหล่านั้น โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (Object) และความมุ่งหมาย (Purpose) ของสนธิสัญญานั้นๆ ด้วย

2. เพื่อวัตถุประสงค์ในการตีความสนธิสัญญา ให้พิจารณาถึงบริบทของถ้อยคำ ตลอดจนข้อบทอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับถ้อยคำเหล่านั้น รวมทั้งอารัมภบท (Preamble) ภาคผนวกต่างๆ (Annexes) ตลอดจนทั้งความตกลง และตราสารอื่นที่เกี่ยวข้องกับการทำสนธิสัญญานั้น ทั้งนี้โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ (Object) และความมุ่งประสงค์ (purpose) แห่งสนธิสัญญานั้นประกอบกันด้วย ในฐานะที่เป็นองค์ประกอบทั้งหมดของการทำสนธิสัญญา

3. การตีความสนธิสัญญานั้นยังจะต้องคำนึงถึงความตกลงต่างๆระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นต่อมาภายหลังในส่วนที่เกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา หรือการปรับใช้ข้อบทของสนธิสัญญา รวมทั้งทางปฏิบัติต่อมาของรัฐบาลในการปรับใช้สนธิสัญญา ซึ่งวางเป็นหลักเกณฑ์ที่ตกลงกันของรัฐภาคีในการตีความสนธิสัญญานั้น และยังต้องคำนึงถึงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องที่นำมาปรับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคี

4. ในกรณีที่ถ้อยคำใดมีความหมายพิเศษ รัฐภาคีควรจะกำหนดความหมายพิเศษแห่งถ้อยคำนั้นไว้ในสนธิสัญญาด้วย¹⁶²

¹⁶¹ Vattel ได้กล่าวว่า "It is not allowable to interpret what has no need of interpretation" โปรดดู UN Admission- (competence of General Assembly) Case, ICJ Rep (1950), p. 8; The Lotus Case (1972), PCIJ, Series A, No. 10, p.16; Italy V Federal Republic of Germany (1959), ILR, 29, pp.442, 449.

¹⁶² Art. 31 General rule of interpretation 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty; (b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provision; (b) any relevant rule of international law applicable in the relation between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

2. วิธีการเสริมในการตีความสนธิสัญญา (Supplementary means of interpretation)

นอกจากหลักการตีความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ซึ่งตีความโดยพิจารณาจากถ้อยคำและบริบทแห่งตัวสนธิสัญญาเองแล้ว ในมาตรา 32 ยังกำหนดให้สามารถนำสิ่งที่ยอยู่นอกตัวบทแห่งสนธิสัญญามาเป็นสิ่งที่เสริมช่วยในการพิจารณาการตีความได้ด้วยเพื่อการค้นหาเจตนารมณ์ที่แท้จริงของสนธิสัญญา โดยการนำเอางานเตรียมร่าง (Travaux Préparatoires) ของสนธิสัญญานั้น ตลอดจนทั้งพิจารณาพฤติการณ์แวดล้อม (Circumstances) ในขณะที่มีการทำสนธิสัญญามาพิจารณาช่วยในการตีความสนธิสัญญาเพื่อที่จะยืนยันความหมายของถ้อยคำ ซึ่งเป็นผลมาจากการปรับใช้มาตรา 31 ดังกล่าวมาแล้ว หรือเพื่อที่จะพิจารณาตัดสินว่าเมื่อตีความตามมาตรา 31 แล้วนั้น ยังคงไม่ได้รับความชัดเจน และยังคงมีความคลุมเครือ (ambiguous) หรือ ไม่แจ่มแจ้งชัดเจน (obscure) หรือการตีความนั้นนำไปสู่ผลลัพธ์ที่เห็นได้ชัดว่าไร้เหตุผล หรือ เหลวไหลไม่น่าเป็นเช่นนั้น¹⁶³ จึงจำเป็นต้องใช้วิธีการเสริมตามมาตรา 32 นี้เพื่อช่วยในการตีความ

3. การตีความสนธิสัญญาซึ่งได้ทำเป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงสองฉบับ หรือกว่านั้น

(Interpretation of treaties authenticated in two or more languages)

การทำสนธิสัญญาระหว่างคู่ภาคีนั้น โดยปกติแล้วมักจะมีการทำต้นฉบับที่เป็นฉบับถูกต้องแท้จริงไว้มากกว่าหนึ่งภาษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสนธิสัญญาพหุภาคี สนธิสัญญาฉบับถูกต้องแท้จริงแต่ละภาษาจะมีความเท่าเทียมกัน และมีสถานภาพที่เสมอกัน อย่างไรก็ตามมักจะเกิดปัญหาเกี่ยวกับถ้อยคำที่ใช้ในต้นฉบับแต่ละภาษาซึ่งอาจจะมีความหมายที่แตกต่างกันทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างต้นฉบับในแต่ละภาษาเหล่านั้นได้ ในกรณีนี้หากในสนธิสัญญา หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้ว่าหากมีการขัดกันในการใช้ถ้อยคำ หรือการแปลถ้อยคำที่ใช้ในสนธิสัญญาเหล่านั้น จะถือเอาสนธิสัญญาฉบับใดภาษาใดเป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงที่สุดใช้บังคับ ก็จะสามารถแก้ไขปัญหาคความขัดแย้งเช่นนั้นได้ หากมิได้มีการกำหนดไว้เช่นนั้นก็ต้องถือว่าตัวบทในสนธิสัญญาที่ทำเป็นต้นฉบับหลายภาษาเหล่านั้นมีผลบังคับเสมอกัน และต้องสันนิษฐานว่ามีความหมายอย่างเดียวกัน

มาตรา 33 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญาที่ถูกต้องแท้จริงซึ่งได้ทำขึ้นเป็นสองฉบับหรือมากกว่านั้นไว้ดังนี้

1. เมื่อสนธิสัญญาที่ได้ทำขึ้นนั้นได้มีการทำให้เป็นฉบับที่ถูกต้องแท้จริงขึ้นเป็นสองฉบับหรือกว่านั้น ข้อบทของสนธิสัญญาย่อมมีความถูกต้องแท้จริงเท่าเทียมกันในแต่ละภาษา เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้

¹⁶³ Art. 32 Supplementary means of interpretation. Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงไว้เช่นนั้น ว่าให้ยึดถือเอาข้อบทของสนธิสัญญาภาษาใด โดยเฉพาะให้มีความถูกต้องแท้จริงมากกว่า

2. สำหรับสนธิสัญญาระดับที่เป็นภาษาอื่นนอกจากภาษาที่กำหนดไว้ให้เป็นฉบับที่มีความถูกต้องแท้จริงนั้น ให้ถือว่าสนธิสัญญาระดับภาษาอื่น ๆ ดังกล่าวนั้นเป็นฉบับที่มีความถูกต้องแท้จริงเฉพาะต่อเมื่อสนธิสัญญาได้กำหนดไว้เช่นนั้น หรือรัฐภาคีทั้งปวงได้ตกลงไว้เช่นนั้น

3. ถ้อยคำในสนธิสัญญาระดับที่ถูกต้องแท้จริงในแต่ละภาษานั้นให้ถือว่ามีความหมายเหมือนกัน

4. เว้นแต่มีข้อบทเฉพาะใดๆ ที่เหนือกว่าตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งนั้น หากมีการเปรียบเทียบตัวบทที่ถูกต้องแท้จริงซึ่งมีหลายฉบับหลายภาษานั้น ปรากฏว่าก่อให้เกิดความหมายได้หลายนัยแตกต่างกัน แม้เมื่อมีการปรับใช้มาตรา 31 และ 32 กล่าวคือการตีความตามถ้อยคำ และตามบริบท และการใช้วิธีการเสริมในการตีความแล้วก็ไม่ได้ขจัดข้อแตกต่างดังกล่าวนี้ ก็ให้ใช้ความหมายซึ่งจะสอดคล้องกับตัวบทแห่งสนธิสัญญานั้นมากที่สุด โดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญานั้นประกอบในการพิจารณาความหมายดังกล่าวนี้¹⁶⁴

4. ทางปฏิบัติในการแก้ไขปัญหาการตีความสนธิสัญญา

โดยปกติภาควิชาของสนธิสัญญามักจะเล็งเห็นถึงปัญหาและความยากลำบากในการตีความสนธิสัญญา เมื่อจะมีการปรับใช้สนธิสัญญา และในสนธิสัญญาก็มักจะได้กำหนดความแน่นอนชัดเจนแห่งถ้อยคำนั้นๆ เมื่อจะมีการใช้สนธิสัญญา หรือในบางกรณีรัฐภาคีมักจะตกลงด้วยกันไว้ก่อนเกี่ยวกับวิธีการในการตีความสนธิสัญญา ซึ่งอาจจะกระทำก่อน หรือในระหว่างการเจรจาสนธิสัญญา หรือภายหลังการทำสนธิสัญญาแล้ว¹⁶⁵ ไม่ว่าจะเป็นกระทำกันอย่างไม่เป็นทางการก่อนแต่ให้มีการบังคับให้เป็นไปตามที่ตกลงกันเมื่อสนธิสัญญามีผลบังคับให้สอดคล้องกัน หรืออาจจะกระทำกันอย่างเป็นทางการ เช่นมีการทำ

¹⁶⁴ Art. 33 Interpretation of treaties authenticated in two or more languages 1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail. 2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree. 3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text. 4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic text discloses a difference of meaning which the application of article 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

¹⁶⁵ ในบางกรณีรัฐภาคีอาจจะได้ทำปฏิญญาการตีความฝ่ายเดียวประกาศไว้ในตอนที่ลงนาม หรือให้สัตยาบัน หรือภาคยานุวัติเข้าเป็นภาคีของสนธิสัญญา เช่นในกรณีที่สวิตเซอร์แลนด์ให้สัตยาบันอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The European Convention on Human Rights) โดยได้ตั้งข้อสงวน และทำปฏิญญาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา (Interpretative Declaration) สำหรับสวิตเซอร์แลนด์ในการที่จะเข้าเป็นภาคีของอนุสัญญาระดับนี้เอาไว้ด้วย โปรดดู Mc Rae, BY 49 (1978), pp 155-73; Horn, Reservation and Interpretative Declaration to Multilateral treaties (1988), Chs 24-7.

เป็นปฏิญญาว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา¹⁶⁶ หรือกระทำเป็นพิธีสาร หรือกระทำเป็นสนธิสัญญาเสริม (An interpretative declaration, or protocol or a supplementary treaty) ในกรณีนี้หากรัฐภาคีได้มีการตกลงวิธีการตีความเพื่อความถูกต้องแท้จริงไว้แล้ว ก็จะไปปลงหลักการตีความทั่วไป

นอกจากนี้รัฐภาคีอาจจะกำหนดบทบัญญัติอันเป็นการบังคับให้ใช้กระบวนการ อนุญาโตตุลาการ หรือ ศาลเป็นกลไกในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากปัญหาการตีความสนธิสัญญา ซึ่งโดยปกติแล้วการตีความสนธิสัญญาโดยกลไกศาลระหว่างประเทศจะผูกพันเฉพาะรัฐคู่พิพาทที่นำข้อพิพาทเกี่ยวกับการตีความให้ศาลนั้นพิจารณาตัดสิน แต่มาตรา 62 ของกฎบัตรศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ บัญญัติให้รัฐที่สามที่มีส่วนได้เสียสามารถที่จะเข้ามาในคดีได้ด้วยและมาตรา 63 ได้บัญญัติให้นายทะเบียนที่จดทะเบียนสนธิสัญญาซึ่งได้มีการตีความนั้น ได้มีหนังสือบอกกล่าวภาคีทั้งปวงของสนธิสัญญา และรัฐที่สามที่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือมีส่วนได้เสียที่ได้เข้ามาในคดีด้วยนั้นจะต้องถูกผูกพันตามคำพิพากษาของศาลด้วย

ในบางกรณีรัฐภาคีอาจจะกำหนดให้หน่วยงาน หรือองค์กรใดโดยเฉพาะมีอำนาจหน้าที่ในการตีความสนธิสัญญาเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น และให้คำตัดสิน หรือการพิจารณาคดีมีผลผูกพันคู่พิพาทตัวอย่าง เช่นในกรณีความตกลงก่อตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (The International Monetary Fund)¹⁶⁷

กล่าวโดยสรุปแล้วหลักการตีความสนธิสัญญามีหลักเกณฑ์ที่สำคัญซึ่งประมวลทั้งจากอนุสัญญากรุงเวียนนา และ จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศตลอดจนแนวทางปฏิบัติของรัฐได้ดังนี้คือ

1. หลักการตีความตามตัวอักษร และตามเจตนารมณ์ของภาคี ซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตามที่รัฐภาคีได้ตกลงกันไว้
2. หลักการตีความตามวัตถุประสงค์ และความมุ่งหมายของสนธิสัญญา
3. หลักการตีความตามหลักเหตุผลและความสอดคล้องของถ้อยคำและเนื้อหาของสนธิสัญญา
4. หลักการตีความตามความเป็นมาของสนธิสัญญา โดยศึกษาจากหลักฐานต่างๆ
5. หลักการตีความตามหลักประสิทธิผล เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์อย่างแท้จริงให้เกิดผลในทางปฏิบัติและมีผลที่เหมาะสมตามความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

¹⁶⁶ เช่นสนธิสัญญาเพื่อการพัฒนาสันติภาพระหว่างสหรัฐอเมริกา กับ เนเธอร์แลนด์ ที่กระทำขึ้นในปี 1928 (AJ, 22 (1928), suppl, p 116) และในคดี *The Ambatielos Case* ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินคดีว่า ปฏิญญาที่สร้างขึ้นในขณะที่ทำสนธิสัญญาแองโกล-กรีก (The Anglo-Greek Treaty of 1926) มีลักษณะเป็นข้อบ่งชี้ว่าด้วยการตีความสนธิสัญญา และให้ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสนธิสัญญาด้วย โปรดดู ICJ Rep (1925), p 44

¹⁶⁷ มาตรา XVIII ของ ความตกลงจัดตั้งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ และโปรดดู Gold, ICLQ, 3 (1954), pp.256-76. และ The Fund Agreement in the court (1962) นอกจากนี้ก็มีกรณี *IBRD and IMF V All America Cables and Radio*, ILR (1955), p. 705.

ส่วนการตีความสนธิสัญญาจะกระทำโดยฝ่ายใดนั้น จำแนกเป็นสองกรณีคือการตีความโดยรัฐภาคีเอง และตีความโดยฝ่ายที่สาม อันได้แก่ ศาล องค์การระหว่างประเทศ และอนุญาโตตุลาการ ทั้งนี้ เป็นไปตามที่ได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญา หรือตามที่รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้

5.12. ผลของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สาม

โดยหลักทั่วไปแล้ว สนธิสัญญาผูกพัน และมีผลบังคับเฉพาะต่อรัฐคู่ภาคีเท่านั้น ยิ่งกว่านั้น อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 ยืนยันหลักการนี้ในมาตรา 34 กล่าวคือสนธิสัญญาไม่ก่อให้เกิดพันธะกรณี หรือสิทธิใดๆ แก่รัฐที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของรัฐที่สามนั้น¹⁶⁸ (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*) คณะกรรมการการกฎหมายระหว่างประเทศก็พิจารณาหลักเกณฑ์ดังกล่าวในทำนองเดียวกัน และยืนยันว่า “เป็นที่ปรากฏแล้วว่าหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับเป็นสากล มิใช่เพียงแต่เป็นหลักการที่อยู่บนพื้นฐานแนวความคิดทั่วไปในการทำสัญญาเท่านั้น แต่ยังอยู่บนพื้นฐานของหลักอำนาจอธิปไตย และความเป็นเอกราชของรัฐ”¹⁶⁹

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีสนธิสัญญาอาจก่อให้เกิดสิทธิ และหน้าที่ ความผูกพัน หรือ พันธะกรณีต่อรัฐที่สามหากรัฐที่สามนั้นยินยอม หรือแม้ในกรณีที่สนธิสัญญามีได้ก่อให้เกิดสิทธิ พันธะกรณี ต่อรัฐที่สามเลยโดยตรง แต่โดยผลของการบังคับใช้สนธิสัญญาอาจจะส่งผลต่อรัฐที่สามได้ เช่นสนธิสัญญาความตกลงว่าด้วยเรื่องการขยายผลบังคับของสิทธิประโยชน์ทางการค้าภายใต้หลักการ ชาตินิที่ได้รับการอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (a Most-Favored- Nations Clause) หรือในกรณีที่สนธิสัญญาได้ระบุให้ภาคีของสนธิสัญญาต้องถอนตัวออกจากความผูกพันตามสนธิสัญญานับอื่น ที่ภาคีรัฐนั้นได้ทำไว้กับรัฐอื่น ผลของการปฏิบัติดังกล่าวย่อมกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของรัฐอื่นภายใต้สนธิสัญญานับหลังดังกล่าวนี้¹⁷⁰

ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดสัญชาติของปัจเจกชนซึ่งมีผลกระทบต่อรัฐที่สามในบริบทของสัญชาติของบุคคลที่มีการเรียกร้องสิทธิภายใต้สนธิสัญญา และในอีกกรณีหนึ่ง คือหลักเกณฑ์ หรือกฎระเบียบที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอาจจะส่งผลผูกพันต่อรัฐที่สามในฐานะที่หลักเกณฑ์ หรือกฎระเบียบเหล่านั้นเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 38 ของอนุสัญญากรุง

¹⁶⁸ มาตรา 34 อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติหลักทั่วไปไว้ว่า “A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.”

¹⁶⁹ “There appears to be almost universal agreement, upon such a general rule, which is based not only on a general concept of the law of contract but also on the sovereignty and independence of states”

¹⁷⁰ Art. 234 of the treaty of Rome 1957 establishing the EEC; Art. 292 of the treaty of Versailles 1919. ยกตัวอย่างเช่น รัฐ ก ทำสนธิสัญญากับรัฐ ข ซึ่งขัดแย้งกับสนธิสัญญาที่มีผลบังคับอยู่ก่อนแล้วระหว่างรัฐ ก และ รัฐ ค ดังนั้น รัฐ ข ก็ดี รัฐ ค ก็ดี อาจจะตกลงให้รัฐ ก เพิกถอนความผูกพันกับ รัฐ ข หรือ รัฐ ค แล้วแต่กรณีเพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการปฏิบัติตามสนธิสัญญาดังนั้น รัฐ ข หรือ รัฐ ค ที่ถูกบอกเลิกสนธิสัญญาย่อมไม่ได้รับผลกระทบจากสนธิสัญญาที่ ก ทำ กับ ข หรือ ค แล้วแต่กรณี นั่นเอง

เวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “หลักเกณฑ์ในสนธิสัญญาผูกพันรัฐที่สามโดยทางจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ไม่มีสิ่งใดที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34-37 นี้จะมายกเว้นหรือขัดขวางมิให้กฎเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ในอันที่จะผูกพันต่อรัฐที่สาม ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และเป็นที่ยอมรับเช่นนั้น”¹⁷¹ ซึ่งความจริง คือกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศต่างหากที่ผูกพันต่อรัฐที่สาม หรือ ทุกๆรัฐในประชาคมโลกนั่นเอง เพียงแต่หลักเกณฑ์ และถ้อยคำเหล่านั้นได้นำมาบัญญัติไว้ในสนธิสัญญาอีกชั้นหนึ่ง นอกจากนี้ในบางกรณีที่เป็นสนธิสัญญาพิเศษเช่นกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งมีบทบัญญัติที่ตกลงร่วมกันของภาคีสมาชิกในอันที่จะก่อตั้งระบบประชาคมโลกที่สันติสุข ประกอบด้วยกฎระเบียบ และกฎเกณฑ์ใน

ความสัมพันธ์ของมวลสมาชิก ซึ่งกฎเกณฑ์เหล่านี้เป็นการวางระบบ หรือ สถานภาพซึ่งมีผลบังคับในฐานะที่เป็นกฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วโลก หรือกล่าวอ้างได้ทั่วโลกซึ่งเรียกว่า *Erga Omnes* และกฎเกณฑ์ที่บัญญัติให้รัฐผู้รุกรานจะต้องปฏิบัติตามมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ เป็นต้น ดังนั้น บทบัญญัติ กฎหมาย กฎเกณฑ์ และ มาตรการเหล่านี้หากกำหนดไว้ในสนธิสัญญาโดยอ้อมมีผลผูกพันรัฐภาคีรวมทั้งรัฐที่สามด้วย โดยเหตุที่เป็นกฎหมายที่กล่าวอ้างได้ทั่วโลกนั่นเอง¹⁷²

กล่าวได้ว่าผลของสนธิสัญญาอาจจะส่งผลในทางกำหนดหน้าที่ หรือให้สิทธิแก่รัฐที่สามได้ ซึ่งมาตรา 35 และ มาตรา 36 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนด หน้าที่ และสิทธิ ตามบทบัญญัติของสนธิสัญญาต่อรัฐที่สามดังนี้ คือ “หากภาคีของสนธิสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะกำหนดให้บทบัญญัติในสนธิสัญญานั้นเป็นวิธีการในอันที่จะก่อตั้งความผูกพัน หรือพันธะหน้าที่ อันพึงมีต่อรัฐที่สาม และ รัฐที่สามนั้นได้แสดงเจตนารมณ์ และความยินยอมโดยชัดแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษร ที่จะยอมรับความผูกพันนั้น พันธะ หน้าที่ และความผูกพันจากบทบัญญัติของสนธิสัญญาดังกล่าวก็ย่อมผูกพันต่อรัฐที่สามนั้น”.¹⁷³ ในมาตรานี้เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดพันธะ หน้าที่ต่อรัฐที่สาม ส่วนมาตรา 36 เป็นการบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิตามสนธิสัญญาแก่รัฐที่สาม ซึ่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ไว้ดังนี้ “หากภาคีของสนธิสัญญามีเจตนารมณ์ที่จะให้สิทธิใด ๆ ตามสนธิสัญญามีผลบังคับแก่

¹⁷¹ Art. 38 Rules I a treaty becoming binding on third States through international custom. Nothing in article 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

¹⁷² เช่นมาตรา 75 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติว่า “The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State’s aggression. และโปรดดู ILC Commentary on draft Art. 70, YBILC (1966), ii, p 268.

¹⁷³ Art. 35 Treaties providing for obligations for third States. An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

รัฐที่สาม หรือ กลุ่มรัฐ ซึ่งรัฐที่สามนั้นเป็นภาคีสมาชิก หรือ แก่รัฐทั้งปวง และรัฐที่สามนั้นได้ยอมรับเอาสิทธิดังกล่าวตามที่ได้กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น (โดยไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาเป็นลายลักษณ์อักษร) ให้ถือว่าสิทธิตามสนธิสัญญานั้นย่อมมีผลต่อรัฐที่สามตามความยินยอมรับเอาสิทธิดังกล่าวนี้ นอกจากรัฐที่สามจะมีข้อโต้แย้งหรือคัดค้านการรับเอาสิทธินั้น ทั้งนี้เว้นแต่ในสนธิสัญญานั้นจะได้กำหนดไว้เป็นประการอื่น”¹⁷⁴ รัฐที่สามที่ตกลงรับเอาสิทธิตามสนธิสัญญาตามข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นนี้ จะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติหรือข้อกำหนดในสนธิสัญญานั้น¹⁷⁵ การกำหนดสิทธิ และ หน้าที่ในสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามนั้นอาจจะมีการเพิกถอน หรือเปลี่ยนแปลงได้ ทั้งนี้ มาตรา 37 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวไว้ความว่า “พันธกรณี หรือ ความผูกพันตามสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามดังที่กำหนดไว้ตามบทบัญญัติในมาตรา 35 ดังกล่าวข้างต้นนั้น อาจจะมีการยกเลิก หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ต่อเมื่อภาคีของสนธิสัญญา และรัฐที่สามนั้นได้ยินยอมด้วย เว้นแต่จะมีข้อกำหนดได้บัญญัติไว้เป็นประการอื่น ส่วนในกรณีสิทธิตามสนธิสัญญาที่ได้ให้แก่รัฐที่สามตามข้อกำหนดในมาตรา 36 นั้น สิทธิดังกล่าวนี้ไม่อาจจะยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยรัฐภาคี ถ้าหากได้มีการกำหนดว่าสิทธิดังกล่าวนี้รัฐภาคีตั้งใจที่จะไม่มีการยกเลิก หรือ ตกอยู่ภายใต้การแก้ไขเปลี่ยนแปลงโดยปราศจากการได้รับความยินยอมของรัฐที่สาม”¹⁷⁶

สรุปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นได้ว่าการจะยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงพันธะตามสนธิสัญญาที่มีผลต่อรัฐที่สามนั้นสามารถกระทำได้โดยความยินยอมของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา และ รัฐที่สามนั้น ส่วนการไปยกเลิก หรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิตามสนธิสัญญาที่มีผลบังคับต่อรัฐที่สามนั้นจะกระทำไม่ได้ถ้าไม่ได้รับความยินยอมจากรัฐที่สามนั้น ทั้งนี้เว้นแต่ว่าสนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

¹⁷⁴ Art. 36 Treaties providing for rights for third States. 1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

¹⁷⁵ Art. 36. 2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

¹⁷⁶ Art. 37 Revocation or modification of obligations or rights of third States. 1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed. 2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

5.13 การสิ้นสุดของสนธิสัญญา และการสิ้นสุดบังคับของสนธิสัญญาต่อรัฐภาคี

1. ความไม่สมบูรณ์โดยทั่วไป และความบกพร่องในการแสดงเจตนาในการทำสนธิสัญญา

1. ความไม่สมบูรณ์โดยทั่วไปของสนธิสัญญา

ความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา (Invalidity of Treaties) มีความหมายสองนัย กล่าวคือ ความไม่สมบูรณ์อันเกิดขึ้นเนื่องจาก สนธิสัญญาตกเป็นโมฆะตั้งแต่เริ่มแรก (Void ab initio) ได้แก่การทำสนธิสัญญาอันเกิดขึ้นจากการคุกคาม หรือการใช้กำลังฝ่าฝืนกฎบัตรสหประชาชาติ ตามข้อ 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาย่อมเป็นโมฆะหากการทำสนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นเพราะการถูกข่มขู่ หรือการใช้กำลังอันฝ่าฝืนต่อหลักกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งได้ประมวลไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁷⁷ และการทำสนธิสัญญาที่ขัดต่อ Jus Cogens หรือ Peremptory norm แห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามข้อ 53¹⁷⁸ แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาดังกล่าวขัดกับกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นกฎระเบียบ หรือข้อบังคับที่เป็นที่ยอมรับทั่วไป และเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งอนุสัญญานี้ กฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นแบบแผนที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปนี้ ให้หมายถึงกฎเกณฑ์ที่รัฐทั้งหลายในประชาคมระหว่างประเทศทั้งหมดได้ยอมรับและไม่อนุญาตให้มีการยกเว้น หรือทำให้เสื่อมเสียไปได้ และจะเปลี่ยนแปลงได้ก็แต่โดยกฎระเบียบแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะ ฐานอย่างเดียวกัน กล่าวคือเป็น กฎหมายที่เป็นที่ยอมรับทั่วไปนั่นเอง” ความไม่สมบูรณ์ในนัยที่หนึ่งนี้จะอธิบายโดยละเอียดในหัวข้อเรื่องต่อไป

ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาในนัยที่สองหมายถึง ความไม่สมบูรณ์ในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือบุคคลที่ทำการเจรจาทำสนธิสัญญาไม่มีอำนาจ หรือกระทำการเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐบาล ซึ่งในกรณีเช่นนี้ โดยปกติไม่ทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะ เช่นในกรณีแรก แต่เปิดโอกาสให้รัฐภาคีที่ได้แสดงเจตนาโดยบกพร่องดังกล่าวยกขึ้นเป็นเหตุที่จะไม่ถูก

¹⁷⁷ Art. 52. A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

¹⁷⁸ Art. 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (Jus cogens). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

ผูกพันตามสนธิสัญญา เช่นตามมาตรา 46¹⁷⁹ หรือเกิดความผิดพลาด หรือความสำคัญผิดในข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์ในขณะที่ทำสนธิสัญญา ตามมาตรา 48 หรือการฉ้อฉลเพื่อให้รัฐผูกพันตามสนธิสัญญา ตามมาตรา 49 หรือ การประพฤติดมิชอบของผู้แทนในการเจรจาทำสนธิสัญญา ตามมาตรา 50 เป็นต้น ส่วนความบกพร่องในการแสดงความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาตามมาตรา 51 จะมีความแตกต่างจากกรณีข้างต้น กล่าวคือ มาตรา 51 ซึ่งเป็นเรื่องการข่มขู่ ซึ่งทำให้สนธิสัญญาไม่มีผลผูกพันรัฐดังกล่าว เพราะถือว่าไม่มีการให้ความยินยอมเลย สนธิสัญญาจึงไม่ผูกพันรัฐ โดยไม่ต้องยกเหตุความไม่สมบูรณ์ดังกล่าวมากล่าวอ้างในภายหลังอย่างเช่นกรณีข้างต้น

ผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันระหว่างการที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะตั้งแต่แรก (Void ab initio) นั้นกับการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์เพราะความบกพร่องในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา คือ ในกรณีที่สนธิสัญญาโมฆะตั้งแต่แรกนั้น ย่อมไม่ถือว่ามิสนธิสัญญาเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคีนั้นๆเลย รัฐภาคีจึงไม่มีพันธะความผูกพันใดๆตามสนธิสัญญาต่อกัน ส่วนการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์นั้นไม่ทำให้สนธิสัญญาโมฆะเสียเปล่าแต่ประการใดเพียงแต่ทำให้รัฐซึ่งมีเหตุอ้างความไม่สมบูรณ์นั้นไม่ผูกพันตามสนธิสัญญา ในกรณีที่เป็นสนธิสัญญาพหุภาคีสนธิสัญญานั้นย่อมสมบูรณ์ผูกพันภาคีอื่นๆที่ไม่ใช่เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์นั้น แต่หากเป็นสนธิสัญญาทวิภาคี สนธิสัญญาย่อมไม่ผูกพันรัฐที่ได้กล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนายินยอมผูกพันสนธิสัญญานั้นๆ

บทบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 46-64 เป็นข้อบทที่กำหนดเกี่ยวกับการสิ้นผลของสนธิสัญญาในลักษณะต่างๆ (Invalidity of Treaties) นอกจากนี้ในมาตรา 44 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการใช้สิทธิในกรณีต่างของรัฐภาคีในการที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา ได้แก่ มาตรา 44 ข้อ 1 บัญญัติถึงสิทธิของรัฐภาคีในการอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา การถอนตัวจากสนธิสัญญา การยกเลิก การระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา ซึ่งมีผลต่อสนธิสัญญาทั้งฉบับ เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น¹⁸⁰ ในมาตรา 44 ข้อ 2 ได้บัญญัติถึงเหตุในการที่รัฐภาคีจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือเพื่อยกเลิก หรือเพื่อยกถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือเพื่อยกเลิกการมีผลบังคับใช้ของสนธิสัญญาทั้งนี้ตามเหตุที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้นจะมีผลต่อสนธิสัญญาทั้งฉบับ เว้นแต่จะบัญญัติไว้ในกรณีตามมาตรา 44 ข้อ 3 และ ในกรณีการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง (Material breach of multilateral treaty) ตาม มาตรา

¹⁷⁹ ในกรณีตามมาตรา 46 นี้ต้องทำความเข้าใจด้วยว่าสนธิสัญญาจะไม่ผูกพันรัฐเฉพาะกรณีที่ได้มีการแจ้งไว้ล่วงหน้าแล้วว่าการให้ความยินยอมนั้นขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐและการฝ่าฝืนเช่นว่านั้นเป็นที่เห็นได้ชัดแจ้งและเป็นการขัดต่อกฎหมายที่มีความสำคัญยิ่ง ดังนั้นหากไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวรัฐภาคีนั้นจะกล่าวอ้างเหตุเช่นว่านั้นเพื่อไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ตามที่ได้ศึกษามาแล้ว ข้างต้น

¹⁸⁰ Vienna Convention 1969, Art. 44 Separability of treaty provisions. 1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.

60 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁸¹ สำหรับข้อยกเว้นตามมาตรา 44 ข้อ 3 คือ ถ้าเหตุแห่งการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้น การยกเลิก หรือการระงับ การใช้บังคับสนธิสัญญานั้น เป็นเหตุที่เกี่ยวข้องเฉพาะบางข้อบทของสนธิสัญญา ก็สามารถกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวได้ในส่วนของข้อบทนั้นๆ หรือ มีผลต่อข้อบทนั้นๆเท่านั้น เมื่อ (ก) ข้อบทดังกล่าวสามารถแยกออกจากข้อบทอื่นๆของสนธิสัญญาได้เมื่อมีการปรับใช้สนธิสัญญานั้นๆ (ข) หากปรากฏในสนธิสัญญา หรือ ตามที่ได้ตกลงกันไว้แล้ว การยอมรับข้อบทของสนธิสัญญาเหล่านั้นมิได้เป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาทั้งหมด และ (ค) การปฏิบัติตามข้อบทอื่นๆของสนธิสัญญาที่เหลืออยู่นั้นไม่ก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรม¹⁸²

อนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 มาตรา 44 ข้อ 4 บัญญัติว่าถ้าเหตุแห่งการกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้นเป็นเรื่องของการฉ้อฉล (fraud) ตามมาตรา 49 หรือ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการประพฤติมิชอบของผู้แทนของรัฐในการเข้าทำสนธิสัญญาตามมาตรา 50 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 รัฐที่กล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ด้วยเหตุการฉ้อฉล หรือความประพฤติมิชอบของตัวแทนในการทำสนธิสัญญาดังกล่าวนั้น สามารถที่จะอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเพื่อที่จะไม่ผูกพันตามสนธิสัญญาทั้งฉบับ หรือ ไม่ผูกพันเฉพาะข้อบทที่เกี่ยวข้องเท่านั้นก็ได้หากเป็นไปตามข้อกำหนดในมาตรา 44 ข้อ 3 ดังกล่าวข้างต้น¹⁸³

และตามมาตรา 44 ข้อ 5 ของอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติว่า “หากกรณีความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเป็นเหตุเนื่องมาจาก มาตรา 51 คือเป็นเรื่องของการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐ หรือเหตุจากการข่มขู่โดยใช้กำลัง หรือโดยการคุกคาม ต่อรัฐภาคีนั้น ตามมาตรา 52 หรือ เป็นการขัดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) ตามมาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ความไม่สมบูรณ์จาก

¹⁸¹ Vienna Convention 1969, Art. 44. 2 A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

¹⁸² . Vienna Convention 1969, Art. 44. 3. If the ground relate solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where: (a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application; (b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and (c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

¹⁸³ Vienna Convention 1969, Art. 44. 4. In cases falling under article 49 and 50 the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

เหตุดังกล่าวในข้อบทของสนธิสัญญานั้นไม่สามารถแยกจากสนธิสัญญาทั้งฉบับได้และถือว่าสนธิสัญญาเป็นโมฆะทั้งฉบับ (Void) ไม่เพียงแต่เสียเปล่าแต่เฉพาะข้อบทนั้นๆ เท่านั้น¹⁸⁴

หากรัฐที่มีสิทธิกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือมีสิทธิที่จะยกเหตุแห่งการยกเลิกสนธิสัญญา หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาทั้งนี้ตามมาตรา 46 ถึงมาตรา 50 หรือมาตรา 60 และ 62 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้ศึกษามาแล้วนั้น ได้รู้ถึงเหตุดังกล่าวแล้ว และได้ (ก) แสดงเจตนาโดยชัดแจ้งตกลงที่จะให้สนธิสัญญานั้นยังคงสมบูรณ์มีผลผูกพัน และบังคับใช้สนธิสัญญานั้นต่อไปได้ หรือ (ข) โดยทางปฏิบัติของรัฐพิจารณาได้ว่ารัฐดังกล่าวยินยอม หรือ ยอมรับโดยไม่ได้แย้งที่จะให้สนธิสัญญานั้นมีความสมบูรณ์ หรือให้สนธิสัญญานั้นยังคงมีผลบังคับใช้ต่อไปแล้วแต่กรณี สิทธิในการที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นก็หมดสิ้นไป รัฐดังกล่าวนี้จะย้อนกลับมาใช้สิทธิกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นอีกไม่ได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969.¹⁸⁵

2.การฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายในของรัฐเกี่ยวกับเรื่องความสามารถของผู้แทนในการให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

มาตรา 46 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969¹⁸⁶ ได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีไม่อาจกล่าวอ้างข้อเท็จจริงที่ว่า การแสดงเจตนาของรัฐภาคีนั้นเพื่อยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาดังกล่าว ได้กระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายภายในเกี่ยวกับความสามารถในการทำสนธิสัญญาเพื่อที่จะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์นั้นมาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาตามที่ตัวแทนได้กระทำไปแล้ว เว้นแต่ว่าการฝ่าฝืนกฎหมายภายในดังกล่าวเป็นการเห็นประจักษ์โดยชัดแจ้ง และเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายภายในที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ในกรณีเช่นนี้ การที่จะถือว่าการฝ่าฝืนนั้นเป็นที่เห็นประจักษ์โดยชัดแจ้ง เมื่อการฝ่าฝืนนั้นปรากฏเห็นประจักษ์เป็นหลักฐานในทางภาวะวิสัยแก่รัฐภาคีใดๆ ซึ่งได้ถือปฏิบัติตนในเรื่องเช่นว่า

¹⁸⁴ Vienna Convention 1969, Art. 44. 5. In cases falling under articles 51, 52, and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

¹⁸⁵ Vienna Convention 1969, Art. 45 Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty. A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

¹⁸⁶ Art. 46 Provision of internal law regarding competence to conclude treaties 1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance. 2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

นั้นตามครรลองแห่งการปฏิบัติตามปกติ และโดยสุจริตแล้วย่อมทราบถึงการฝ่าฝืนเช่นนั้น บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดขึ้นเพื่อมิให้รัฐกล่าวอ้างว่าการที่รัฐนั้นได้กระทำสนธิสัญญาโดยตัวแทนของรัฐนั้น ได้กระทำไปโดยไม่ชอบเพราะขัดต่อกฎหมายภายใน เพื่อที่จะปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญา ทั้งนี้เพื่อแสดงให้เห็นว่า รัฐภาคีอื่นๆไม่จำเป็นต้องไปรับรู้กฎหมายภายในของรัฐอื่นนั้น ซึ่งต้องไปว่ากล่าวกันภายในแต่ในทางระหว่างประเทศรัฐภาคีนั้นๆย่อมต้องผูกพันตามสนธิสัญญาที่รัฐนั้นได้กระทำไปแล้ว

3. ข้อจำกัดในการแสดงเจตนาของตัวแทนรัฐภาคีในการแสดงความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา

มาตรา 47 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “หากอำนาจหน้าที่ของตัวแทนของรัฐภาคีในการที่จะแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดแล้ว หากตัวแทนนั้นไม่ได้ปฏิบัติไปตามข้อจำกัดนั้น กล่าวคือ ได้กระทำการไปเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายเป็นตัวแทนมา การกระทำเกินขอบอำนาจของตัวแทนดังกล่าวนั้นไม่อาจถูกกล่าวอ้างว่าเป็นเหตุของความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาเพื่อปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญา เว้นแต่ข้อจำกัดแห่งอำนาจดังกล่าวนั้นได้บอกกล่าวล่วงหน้าให้รัฐภาคีอื่นๆได้ทราบไว้ก่อนแล้ว ก่อนที่ตัวแทนรัฐนั้นจะได้แสดงเจตนารมณ์ผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁸⁷ เช่นรัฐภาคีได้แต่งตั้งมอบอำนาจให้ตัวแทนมาเจรจา และลงนามในสนธิสัญญาเท่านั้น โดยจะต้องมีการยืนยันจากรัฐภาคีนั้นๆอีกครั้ง แต่ตัวแทนนั้นกลับให้สัตยาบันสนธิสัญญาไปด้วยเสียเอง ย่อมเป็นการกระทำเกินขอบอำนาจของตน แต่รัฐจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์นี้มาปฏิเสธความผูกพันตามสนธิสัญญาไม่ได้ เว้นแต่รัฐภาคีจะได้แจ้งให้รัฐภาคีอื่นๆทราบถึงข้อจำกัดนี้ล่วงหน้าก่อนแล้ว ก่อนการลงนามของตัวแทนรัฐนั้นๆ

3. ความบกพร่องในการแสดงเจตนาในการทำสนธิสัญญา

รัฐภาคีสามารถยกเหตุความบกพร่องในการแสดงเจตนาอื่นๆ เพื่อกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 48- 51 ดังต่อไปนี้

(ก) การสำคัญผิด หรือ ความผิดพลาดในสนธิสัญญา (Error)

มาตรา 48 ข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “รัฐภาคีอาจจะยกเหตุเรื่องการสำคัญผิด หรือการผิดพลาด (Error) ในสนธิสัญญาขึ้นกล่าวอ้างว่าการแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาของรัฐนั้นไม่สมบูรณ์ หากการผิดพลาดนั้นเกี่ยวกับข้อเท็จจริง หรือสถานการณ์ซึ่งรัฐภาคี

¹⁸⁷ Art. 47 Specific restrictions on authority to express the consent of a State. If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.

ดังกล่าวนี้สำคัญว่ามีอยู่จริงในขณะที่มีการทำสนธิสัญญา และข้อเท็จจริงนั้นเป็นส่วนที่เป็นสาระสำคัญพื้นฐานที่ทำให้รัฐภาคีนั้นแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญา”

มาตรา 48 ข้อ 2 ของอนุสัญญาดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า “ข้อความตามวรรค 1 ข้างต้นไม่นำมาปรับใช้หากรัฐดังกล่าวมีส่วนในการทำให้เกิดความผิดพลาดนั้นทั้งนี้เกิดจากการปฏิบัติของรัฐนั้นๆเอง หรือ ภายใต้สถานการณ์แวดล้อมเช่นนั้นรัฐดังกล่าวน่าจะรู้ถึงความผิดพลาดนั้น และสามารถป้องกันหรือแก้ไขได้แต่ไม่ได้กระทำ”

และในข้อ 3 ของมาตราเดียวกันบัญญัติต่อไปว่า “ความผิดพลาดเฉพาะที่เกี่ยวกับถ้อยคำในข้อบทของสนธิสัญญานั้นไม่ถือว่ามีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา และในกรณีนี้ให้นำมาตรา 79 มาปรับใช้”¹⁸⁸

(ข) การฉ้อฉล (Fraud)

มาตรา 49 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติไว้ว่า “หากรัฐภาคีใดถูกโน้มน้าวชักจูงให้เข้าทำสนธิสัญญาเพราะถูกกลฉ้อฉลโดยพฤติกรรมของรัฐภาคีที่เข้าร่วมเจรจาอื่น รัฐที่ถูกกลฉ้อฉลนั้นอาจจะกล่าวอ้างเหตุแห่งการถูกกลฉ้อฉลนั้นขึ้นเพื่อเป็นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของการแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญานั้นได้”¹⁸⁹ เหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ในกรณีนี้ได้แก่ การแสดงข้อความที่ไม่เป็นความจริง (False statements) การแสดงข้อความอันเป็นเท็จ (misrepresentations) หรือ การประพฤติหลอกลวง (deceitful conducts) ของรัฐภาคีใดที่ทำให้รัฐอื่นให้ความยินยอมในการผูกพันตามสนธิสัญญา ซึ่งถ้าหากว่ารัฐเช่นนั้นได้รู้ข้อความจริงแล้วย่อมจะไม่ให้ความยินยอมเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁹⁰ ดังนั้นรัฐที่ถูกกลฉ้อฉลจึงสามารถกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์แห่งการแสดงเจตนาเช่นนั้นได้

¹⁸⁸ Art. 48 Error. 1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty. 2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error. 3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

¹⁸⁹ Art. 49 Fraud. If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

¹⁹⁰ Y.B.I.L.C. vol. II (1996) , p. 244 อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 264 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

(ค) การประพฤติมิชอบ ของผู้แทนของรัฐ (Corruption)

มาตรา 50 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐว่า “หากการแสดงเจตนาของรัฐภาคีเพื่อยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญาได้กระทำขึ้นเนื่องจากการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐภาคีนั้นซึ่งเกิดขึ้นไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมจากรัฐภาคีอื่นที่เข้าร่วมในการเจรจาทำสนธิสัญญา รัฐเช่นนั้นอาจอ้างความประพฤติมิชอบนั้นว่าเป็นเหตุให้การแสดงเจตนายินยอมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นไม่สมบูรณ์”

การประพฤติมิชอบ (Corruption) ของตัวแทนรัฐนั้นหมายถึงการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐที่เกิดจากการกระทำของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น รัฐอีกฝ่ายนั้นได้ให้สินบน (Bribery) หรือผลประโยชน์อื่นใดที่มิชอบ หรือสัญญาว่าจะให้ประโยชน์ใดๆ แก่ตัวแทนรัฐนั้น จนทำให้ตัวแทนรัฐนั้นตกลงแสดงเจตนาผูกพันตามสนธิสัญญาทำให้ผูกพันรัฐเพราะเห็นแก่สินบน หรือผลประโยชน์ที่ได้รับการเสนอให้ จึงถือได้ว่ารัฐมิได้แสดงเจตนายินยอมผูกพันรัฐโดยสมัครใจ ซึ่งมีได้เป็นไปตามหลักการในการทำสนธิสัญญา

มีประเด็นปัญหาที่จะต้องพิจารณากล่าวคือ หากการประพฤติมิชอบนั้นมิได้เกิดขึ้นจากการให้สินบน หรือ การกระทำของรัฐที่เข้าร่วมเจรจาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่เกิดจากการประพฤติมิชอบของตัวแทนรัฐนั้นๆเอง ในกรณีเช่นนี้ยังไม่ถือว่าเป็นเหตุเพียงพอที่จะถูกกล่าวอ้างว่าเป็นการประพฤติมิชอบตามมาตรา 50 รัฐจึงอ้างเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ในมาตรา 50 ไม่ได้ และรัฐภาคีดังกล่าวต้องผูกพันตามสนธิสัญญา¹⁹¹

(จ) การข่มขู่ผู้แทนของรัฐ (Coercion of a representative of a State)

มาตรา 51 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคี ดังนี้ “การให้ความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญาซึ่งได้กระทำขึ้นเพราะผู้แทนของรัฐถูกข่มขู่โดยการกระทำ หรือการคุกคาม (threats) อันมุ่งต่อผู้แทนของรัฐเช่นนั้นย่อมไม่มีผลใดๆตามกฎหมาย”¹⁹² การข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคีให้แสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญานั้นมีความร้ายแรงกว่าความผิดพลาด (error) การฉ้อฉล (fraud) หรือการประพฤติมิชอบ (Corruption) ของผู้แทนของรัฐภาคีดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ดังนั้น ผลทางกฎหมายของการข่มขู่ผู้แทนรัฐจึงแตกต่างจากกรณีอื่นๆข้างต้น กล่าวคือไม่มีการให้ความยินยอมผูกพันรัฐตามสนธิสัญญาเลย โดยไม่ต้องกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งการ

¹⁹¹ Y.B.I.L.C., Vol. II (1966), p. 245. อ้างใน จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 265 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

¹⁹² Art. 51 Coercion of a representative of a State. The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

แสดงเจตนาเช่นนั้น หากเปรียบเทียบกับ การแสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสัญญา ในกรณีนี้ก็ถือว่าการแสดงเจตนาทำสัญญานั้นเป็นโมฆะ (Void) มิใช่เพียงโมฆียะ (Voidable)

(จ) การข่มขู่รัฐภาคี (Coercion of a State)

การข่มขู่รัฐภาคีนั้นแตกต่างจากการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคี กล่าวคือ ผลของการข่มขู่รัฐภาคีในการทำสนธิสัญญานั้น ผลทางกฎหมายคือ ตัวสนธิสัญญาเป็นโมฆะ ส่วนการข่มขู่ผู้แทนของรัฐภาคีนั้น ผลทางกฎหมายคือ ไม่ถือว่ามี การแสดงเจตนายินยอมของรัฐเพื่อผูกพันสนธิสัญญา หรือการแสดงเจตนาเป็นโมฆะ ดังกล่าวแล้ว แต่ผลสุดท้ายคือรัฐไม่ต้องผูกพันต่อสนธิสัญญาทั้งสองกรณี มาตรา 52 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้นเพราะรัฐภาคีถูกข่มขู่ หรือถูกใช้กำลังบังคับอันเป็นการฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้บัญญัติปรากฏอยู่ในกฎบัตรสหประชาชาติ สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะ”¹⁹³ การโมฆะ เสียเปล่าของสนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้นเพราะถูกข่มขู่ หรือ ถูกใช้กำลังบังคับนี้ เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับหลังจากที่การใช้กำลัง (Use of force) เป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายระหว่างประเทศ และเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แล้ว (lex lata) ทั้งนี้ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 2 ข้อ 4 ของกฎบัตรสหประชาชาติซึ่งบัญญัติไว้ว่า “รัฐสมาชิกทั้งปวงจะหลีกเลี่ยงจากการข่มขู่ คุกคาม (Threat) หรือ การใช้กำลัง (Use of force) ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอันเป็นปฏิปักษ์ต่อเอกภาพ และบูรณภาพแห่งดินแดน (Territorial integrity) หรือเอกราชทางการเมือง (Political independent) ของรัฐใดๆ หรือกระทำการในลักษณะใดๆ ที่ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หรือเป้าหมายของกฎบัตรสหประชาชาติ”¹⁹⁴ ซึ่งคำว่า การคุกคาม ข่มขู่ หรือการใช้กำลังตามมาตรานี้ให้หมายความเฉพาะการคุกคาม หรือการใช้กำลังทางกายภาพเท่านั้น ไม่ได้หมายความรวมถึงการคุกคาม หรือการกดดันทางเศรษฐกิจ หรือทางการเมืองด้วย ตามความเห็นที่เสนอโดยฝ่ายกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย หรือที่เรียกว่ากลุ่ม 19 อันประกอบด้วยประเทศในแอฟริกา เอเชีย และลาตินอเมริกา หลังจากที่มีการเจรจาระหว่างกลุ่ม 19 และประเทศพัฒนาแล้วในการแก้ไขถ้อยคำของมาตรา 2.4 ของกฎบัตรสหประชาชาติดังกล่าวให้รวมความหมายการคุกคามทางการเมืองและเศรษฐกิจด้วยนั้นไม่สำเร็จ โดยในท้ายที่สุดให้คงถ้อยคำเดิมของมาตรา 2.4 ไว้แต่ให้ใช้มาตรการในการประณามการคุกคาม หรือการกดดันทางเศรษฐกิจ และการเมืองนั้น โดยให้แนบท้ายปฏิญญาดังกล่าวในกรรมสารสุดท้ายของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ด้วย

¹⁹³ Art. 52 Coercion of a State by the threat or use of force. A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations.

¹⁹⁴ Art. 2.4 of the Charter of the United Nations. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any State, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.

(ข) สนธิสัญญาซึ่งขัดต่อ Jus cogens

มาตรา 53 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติว่า “สนธิสัญญาเป็นโมฆะ หากในขณะที่ทำสนธิสัญญานั้น สนธิสัญญาดังกล่าวขัดแย้งกับกฎเกณฑ์แห่งหลักกฎหมายทั่วไประหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับและปฏิบัติตามทันทีในประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง และเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่อนุญาตให้มีการยกเว้น เบี่ยงเบน หรือทำให้เสื่อมเสียไปได้ และจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ก็แต่โดยผลของกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศในภายหลังที่มีลักษณะเดียวกันเท่านั้น”¹⁹⁵ กฎเกณฑ์ดังกล่าวเป็นกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้ เป็นแบบแผนที่ยอมรับโดยประชาคมระหว่างประเทศทั้งปวง ดังนั้นสนธิสัญญาที่ขัดกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นโมฆะตั้งแต่แรก (Void ab initio)

กฎหมายที่มีลักษณะเป็น jus cogens ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ (Public policy) กฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย (Public order) หรือศีลธรรมอันดี (Good moral) หรือที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป (General principle of law) คณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศได้ยกตัวอย่างของกฎหมายที่มีลักษณะเป็น jus cogens ได้แก่¹⁹⁶

1. กฎเกณฑ์ว่าด้วยการห้ามการใช้กำลังโดยมิชอบฝ่าฝืนกฎหมายระหว่างประเทศ ตามที่กำหนดไว้ในกฎบัตรสหประชาชาติ
 2. กฎเกณฑ์ซึ่งห้ามการกระทำของรัฐอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่นการสังหารเชลยสงคราม
 3. กฎเกณฑ์ซึ่งกำหนดให้รัฐให้ความร่วมมือในการปราบปรามการกระทำผิดบางประเภท เช่นการค้าทาส การกระทำอันเป็นโจรสลัด (Piracy) การฆ่าล้างเผ่าพันธุ์ (Genocide)
- ดังนั้นสนธิสัญญาที่กระทำขึ้นฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์เหล่านี้ย่อมตกเป็นโมฆะตั้งแต่แรก กล่าวคือตัวสนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะนั้นเอง

¹⁹⁵ Art. 53 Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (jus cogens). A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

¹⁹⁶ จุมพต สายสุนทร (2543) กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 หน้า 273 กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน

การยกเลิก การสิ้นสุด และการระงับการใช้บังคับของสนธิสัญญา

1. การยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ

รัฐภาคีของสนธิสัญญาอาจยกเลิกสนธิสัญญาได้ ตามมาตรา 54 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า “การยกเลิกสนธิสัญญา (Termination) หรือการถอนตัว (Withdrawal) ออกจากสนธิสัญญานั้นอาจจะกระทำได้โดย (ก) สอดคล้องกับบทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือ (ข) กระทำได้ในเวลาใดเวลาหนึ่งโดยการแสดงเจตนายินยอมของรัฐภาคีทั้งปวง หลังจากได้ปรึกษารัฐภาคีอื่นๆ แล้ว”¹⁹⁷ ในกรณีนี้เป็นการยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญาตามบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่นๆ

2. การยกเลิก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาโดยไม่มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญา

สนธิสัญญาที่ไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยการยกเลิกสนธิสัญญา หรือไม่มีข้อบทว่าด้วยการถอนตัวจากสนธิสัญญาหรือเหตุแห่งการไม่ปฏิบัติตามสนธิสัญญา รัฐภาคีไม่สามารถยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้

- (ก) หากปรากฏจากสนธิสัญญาเป็นที่ยุติว่า รัฐภาคีนั้นตั้งใจที่จะเปิดโอกาสให้มีการยกเลิก เพิกถอนสนธิสัญญาได้ หรือให้ถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ หรือ
- (ข) โดยลักษณะของสนธิสัญญานั้น อนุমানได้ว่ารัฐภาคีสามารถยกเลิกสนธิสัญญา หรือ ถอนตัวจากสนธิสัญญาได้

ในกรณีเช่นว่านั้น รัฐภาคีฝ่ายที่จะขอยกเลิก เพิกถอนสนธิสัญญา หรือ ขอลถอนตัวจากสนธิสัญญาจะต้องมีหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 12 เดือนเพื่อแจ้งรัฐภาคีอื่นๆถึงเจตนารมณ์ เช่นว่านั้นในการยกเลิก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาตามที่กำหนดไว้ข้างต้นนี้¹⁹⁸

¹⁹⁷ Art. 54 Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent of the parties. The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place: (a) in conformity with the provisions of the treaty; or (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

¹⁹⁸ Art. 56 1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless: (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty. 2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

3. จำนวนรัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดน้อยลงจนต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้

จำนวนรัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดน้อยลงจนต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้เพื่อเป็นเงื่อนไขในการที่สนธิสัญญาจะเริ่มมีผลบังคับใช้ได้ ในกรณีที่รัฐภาคีของสนธิสัญญาพหุภาคีลดจำนวนลงซึ่งอาจจะมีสาเหตุจากการที่รัฐ ภาคีบางรัฐถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หรือ รัฐภาคีบางรัฐไม่ให้สัตยาบันสนธิสัญญาหลังจากได้ลงนามแล้ว หรืออาจจะมีความเหตุอื่น ๆ เช่น รัฐภาคีบางรัฐอาจจะกล่าวอ้างความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาโดยเหตุของความบกพร่องในการที่ผู้แทนของรัฐกระทำการโดยไม่มีอำนาจ หรือเกินขอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายมา หรือการแต่งตั้งตัวแทนนั้นไม่เป็นไปตามกฎหมายภายใน หรือความบกพร่องในเรื่องการแสดงความยินยอมผูกพันตามสนธิสัญญา ดังที่ได้ศึกษามาแล้วข้างต้น โดยหลักแล้วหากสนธิสัญญาไม่ได้บัญญัติกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สนธิสัญญาพหุภาคีนั้นจะไม่สิ้นสุดลงโดยเหตุที่จำนวนรัฐภาคีลดน้อยลงต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้เพื่อให้สนธิสัญญาเริ่มมีผลบังคับ ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 55 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา 1969¹⁹⁹ ซึ่งหมายความว่าสนธิสัญญานั้นยังคงมีอยู่ไม่สิ้นสุดลง แต่ยังไม่อาจจะเริ่มมีผลใช้บังคับได้จนกว่าข้อกำหนดเรื่องจำนวนภาคีสมาชิกจะได้รับการปฏิบัติให้มีจำนวนรัฐภาคีครบตามที่กำหนดไว้ แต่หากในสนธิสัญญาได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า ให้สนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงเมื่อจำนวนรัฐภาคีลดลงต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ ดังนั้นสนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลงตามข้อกำหนดเช่นนั้น

4. การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาหรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ

การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา (Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties) อาจจะกระทำได้ในทำนองเดียวกับการยกเลิก หรือการถอนตัวจากสนธิสัญญา กล่าวคืออาจจะกระทำได้โดยบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญา หรือโดยความยินยอมของรัฐภาคีอื่น ๆ ซึ่งมาตรา 57 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969²⁰⁰ ได้บัญญัติไว้ว่า “การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อภาคีทั้งปวง หรือต่อรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะอาจจะกระทำได้โดย (ก) เป็นไปตามบทบัญญัติที่กำหนดไว้ของสนธิสัญญา หรือ (ข) ในเวลาใดเวลาหนึ่งโดยความยินยอมของรัฐภาคีทั้งปวง หลังจากได้ปรึกษาหารือกับรัฐภาคีอื่นนั้นแล้ว

¹⁹⁹ Art. 55 Reduction of the parties to a multilateral treaty below the number necessary for its entry into force.

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

²⁰⁰ Art. 57 Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties.

The operation of a treaty in regards to all the parties or to a particular party may be suspended: (a) in conformity with the provisions of the treaty; or (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

5. การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีโดยความตกลงระหว่างรัฐภาคีบางรัฐ

ในกรณีการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาพหุภาคีนั้นอาจจะกระทำได้ตามที่ได้บัญญัติไว้ใน มาตรา 58 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ซึ่งได้บัญญัติไว้ว่า

“1. รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาพหุภาคีสองรัฐหรือมากกว่านั้นขึ้นไปอาจจะทำความตกลงกันเพื่อ ระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเป็นการชั่วคราวในระหว่างรัฐภาคีดังกล่าวได้หากปรากฏว่า

(ก) สนธิสัญญาดังกล่าวกำหนดไว้ หรือเปิดช่อง ให้กระทำเช่นนั้นได้ หรือ

(ข) สนธิสัญญาดังกล่าวไม่ได้มีบทบัญญัติห้ามการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเช่นนั้น และ

(1) การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้นไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อการใช้สิทธิต่าง ๆ ภายใต้สนธิสัญญานั้น หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีตามสนธิสัญญานั้น ของรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญา ดังกล่าว

(2) การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาเช่นนั้นไม่เป็นการขัดต่อวัตถุประสงค์และความ มุ่งหมายของสนธิสัญญานั้น

2. เว้นแต่สนธิสัญญาจะได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีตามที่กำหนดไว้ในข้อ 1 (ก) ข้างต้น การทำความตกลงเพื่อการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีเหล่านั้นให้กระทำโดยการแจ้งให้ รัฐภาคีอื่นๆได้ทราบถึงเจตนารมณ์ดังกล่าวในการทำความตกลงนั้น และบอกกล่าวให้ทราบถึงบทบัญญัติ ของสนธิสัญญาที่จะให้มีการระงับการบังคับใช้เช่นนั้นด้วย”²⁰¹

6. การยกเลิกสนธิสัญญา หรือ การระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาโดยการทำสนธิสัญญา ในภายหลังเพื่อการเช่นนั้น

มาตรา 59 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 บัญญัติว่า

“1. อาจถือว่าสนธิสัญญานั้นสิ้นสุดลงหากรัฐภาคีทั้งปวงของสนธิสัญญาได้ทำสนธิสัญญา ขึ้นในภายหลังซึ่งมีเนื้อหาสาระอย่างเดียวกันกับสนธิสัญญาดั้งเดิม และ (ก) หากปรากฏจาก สนธิสัญญาดั้งเดิม หรือปรากฏจากเจตนาของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นที่จะให้บังคับใช้ตาม

²⁰¹ Art. 58 Suspension of the operation of a multilateral treaty by agreement between certain of the parties only.

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if: (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and; (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations; (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.
2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

สนธิสัญญาฉบับหลัง หรือ (ข) บทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับหลังขัดแย้งกับบทบัญญัติของสนธิสัญญาฉบับก่อน ในลักษณะซึ่งสนธิสัญญาทั้งสองฉบับไม่อาจจะใช้บังคับได้ในเวลาเดียวกันได้

2. ให้ถือว่าสนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นเพียงแต่ระงับใช้บังคับชั่วคราวเท่านั้น หากปรากฏจากสนธิสัญญาฉบับหลัง หรือเป็นที่ตกลงกันระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าเป็นเจตนารมณ์ของรัฐภาคีเหล่านั้นที่จะให้สนธิสัญญาฉบับก่อนนั้นเพียงแต่ระงับการใช้บังคับชั่วคราวเท่านั้น ดังนั้น สนธิสัญญาฉบับหลังนั้นย่อมไม่ยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อน”²⁰²

กรณีดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นกรณีที่สนธิสัญญาฉบับหลังมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าให้ยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อนเพียงแต่อนุমানได้จากเนื้อหาสาระของสนธิสัญญาฉบับหลัง ซึ่งขัดแย้งกับสนธิสัญญาฉบับก่อนอย่างชัดเจน หรือ อนุমানได้จากเจตนารมณ์ของรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาว่าต้องการให้สนธิสัญญาฉบับหลังยกเลิกสนธิสัญญาฉบับก่อน หรือ ให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาฉบับก่อนไว้ชั่วคราว แล้วแต่กรณีดังได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

7. การยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอันเป็นผล

เนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญา

มาตรา 60²⁰³ ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกสนธิสัญญาหรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญาไว้ดังนี้

²⁰² Art. 59 Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of a later treaty.

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject-matter and:

(a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or (b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

²⁰³ Art. 60 Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach.

1. A material breach of a bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part. 2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles: (a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either: (i) in the relations between themselves and the defaulting State, or (ii) as between all the parties; (b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State; (c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provision by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the

1. การยกเลิกหรือการสิ้นผลของสนธิสัญญาหรือการระงับการมีผลบังคับของสนธิสัญญาทวิภาคี อันเนื่องมาจากการที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งฝ่าฝืนสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนั้น (A material breach of a bilateral treaty) เป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยกเป็นเหตุยกเลิกสนธิสัญญา หรือเป็นเหตุให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนใด

2. ในกรณีการฝ่าฝืนสนธิสัญญาพหุภาคีอย่างร้ายแรง (Material breach of multilateral treaty) โดยรัฐภาคีรัฐใดรัฐหนึ่งยอมเป็นเหตุให้ รัฐภาคีอื่นๆที่เหลือโดยมติเอกฉันท์ทำความตกลงที่จะระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนได้ หรือให้ยกเลิก สิ้นสุดสนธิสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีทั้งปวงกับรัฐที่ฝ่าฝืนกระทำผิดต่อสนธิสัญญานั้นๆ หรือ ให้มีผลทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลง หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีทั้งปวงด้วย

หรือหากมีรัฐภาคีใดโดยเฉพาะได้รับผลกระทบกระเทือนเป็นพิเศษอันเนื่องมาจากการฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้น สามารถที่จะกล่าวอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อที่จะระงับการมีผลบังคับใช้สนธิสัญญานั้นไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้นๆกับรัฐภาคีที่ฝ่าฝืน กระทำผิดต่อสนธิสัญญานั้นๆ

รัฐภาคีอื่นใดนอกเหนือจากรัฐภาคีที่ฝ่าฝืน กระทำผิดต่อสนธิสัญญา สามารถที่จะกล่าวอ้างเป็นเหตุเพื่อที่จะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วน ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐภาคีดังกล่าว นั้นเอง หากปรากฏว่าโดยลักษณะเช่นนั้น การฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงของรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งนั้นจะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างมากต่อฐานะของรัฐภาคีทุก ๆ รัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป หรือการปฏิบัติตามพันธกรณีต่อไปของรัฐภาคีอื่นๆทั้งปวงภายใต้สนธิสัญญานั้น เช่นสนธิสัญญาการลดอาวุธ (Disarmament treaty) การฝ่าฝืนต่อพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาดังกล่าวโดยรัฐภาคีใดภาคีหนึ่งย่อมกระทบต่อฐานะของรัฐภาคีอื่นๆทุกรัฐ ดังนั้นรัฐภาคีใดๆแห่งสนธิสัญญานั้นย่อมไม่อาจจะระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาได้ เว้นแต่รัฐนั้นๆจะระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาต่อรัฐนั้นเอง ด้วยเพื่อที่จะเป็นอิสระในการป้องกัน หรือตอบโต้ต่อรัฐที่ฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้นๆได้ มิฉะนั้นก็จะไม่สามารถไปตอบโต้รัฐที่ฝ่าฝืนนั้นได้

3. เพื่อวัตถุประสงค์แห่งมาตรานี้ การฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาอย่างร้ายแรงนี้ หมายถึง การปฏิเสธสนธิสัญญา (Repudiation of treaty) โดยปราศจากเหตุตามที่อนุญาตไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969

treaty. 3. A material breach of a treaty, for the purpose of this article, consists in: (a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or (b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty. 4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

หรือ การฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาอันสำคัญต่อการกระทำให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายแห่งสนธิสัญญานั้นๆ

4. นอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อ 3. ข้างต้นนี้ บรรดาสิทธิอื่นๆทั้งหลาย ซึ่งรัฐภาคีนั้นมียึดตามสนธิสัญญานั้นๆ ย่อมไม่ถูกระทบกระเทือนเพราะการยกเลิกสนธิสัญญา หรือการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาเช่นว่านั้น เช่นสิทธิในการเรียกร้องให้ต้องรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ หรือสิทธิในการเรียกค่าทดแทนตามสนธิสัญญาเป็นต้น

5. บทบัญญัติในวรรค 1 ถึง 3 ไม่ปรับใช้กับบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีสาระเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลหรือมนุษย์ ซึ่งได้บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาที่มีลักษณะเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองมนุษยธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติที่เป็นข้อห้ามการกระทำต่อต่อมนุษย์ไม่ว่ารูปแบบใดๆที่บัญญัติไว้เพื่อให้การคุ้มครองมนุษย์ภายใต้สนธิสัญญานั้นๆ หมายความว่า หากรัฐภาคีใดมีการฝ่าฝืนต่อสนธิสัญญาที่เป็นการคุ้มครองมนุษย์ ภาคีอื่นๆจะยกเลิก หรือ ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาอย่างในกรณีอื่นๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้นไม่ได้ เช่นอนุสัญญากรุงเจนีวาเพื่อคุ้มครองผู้ประสบภัยสงคราม (Geneva Convention for the Protection of victim of war) หรือสนธิสัญญาคุ้มครองสิทธิมนุษยชน สนธิสัญญาเกี่ยวกับผู้ลี้ภัย ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านี้มีเนื้อหาในการคุ้มครองบุคคลตามหลักมนุษยธรรม เป็นต้น แม้ว่าจะมีรัฐภาคีใดฝ่าฝืนสนธิสัญญานั้นๆ รัฐภาคีอื่นๆจะใช้มาตรการตอบโต้ต่อมนุษย์ไม่ได้ หรือ จะยกเลิกสนธิสัญญา แล้วไม่ให้การคุ้มครองบุคคลภายใต้สนธิสัญญานั้นๆไม่ได้

ข้อสังเกตคือเหตุในบทบัญญัติตามมาตรา 60 นี้ไม่ทำให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติ เพียงแต่ก่อให้เกิดสิทธิแก่รัฐภาคีอื่นที่จะเลือกที่จะให้สนธิสัญญาสิ้นสุดลงหรือระงับการใช้สนธิสัญญาหรือไม่เท่านั้น และรัฐภาคีซึ่งมีสิทธิเช่นว่านั้นอาจจะสิ้นสิทธิดังกล่าวได้หากปรากฏว่า รัฐนั้นได้แสดงเจตนา หรือตกลงโดยชัดแจ้งว่าให้สนธิสัญญานั้นมีผลสมบูรณ์ต่อไป หรือโดยการกระทำ หรือโดยพฤติการณ์รัฐนั้นๆได้ยอมรับโดยไม่ได้แย้งถึงความสมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้นทั้งนี้ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้ว

8. การพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา

(Supervening impossibility of Performance)

หลังจากทำสนธิสัญญาไปแล้วหากมีเหตุการณ์ภายนอก อันมิใช่ความผิดของรัฐภาคีใดๆ เกิดขึ้นเป็นเหตุให้รัฐภาคีใดอยู่ในภาวะที่พ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้ รัฐภาคีนั้นๆอาจจะอ้างเหตุพ้นวิสัยดังกล่าวเพื่อยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาได้ ทั้งนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 61 ข้อ 1 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ไว้ว่า “รัฐภาคีใดอาจจะอ้างเหตุพ้นวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเป็นเหตุในการยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวออกจากสนธิสัญญา หากการพ้นวิสัยนั้นเป็นผลมาจากการ

สิ้นสลาย มลายสูญหายไป หรือการถูกทำลายไปอย่างถาวร ของวัตถุซึ่งเป็นสาระสำคัญสำหรับการบังคับให้ปฏิบัติตามสนธิสัญญา หาก การพันธินั้นเป็นการชั่วคราว รัฐบาลีดังกล่าวอาจจะกล่าวอ้างการพันธินั้นเพื่อเป็นเหตุให้ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญาชั่วคราวเท่านั้นก็ได้”²⁰⁴ การพันธินในการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นแตกต่างจากเหตุสุดวิสัย (*Force majeure*) และแตกต่างจากเหตุที่พฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*rebus sic stantibus*) ซึ่งจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจให้ดีในเรื่องดังกล่าว ตัวอย่างของการพันธินในการปฏิบัติตามสนธิสัญญา เช่น รัฐ A และ รัฐ B ตกลงทำสนธิสัญญาดูแลผลประโยชน์บนเกาะ C ร่วมกันโดยแบ่งเขตแห่งการครอบครอง และการทำประโยชน์ แต่ต่อมาเกาะ C ได้ประสบภัยธรรมชาติภูเขาไฟระเบิดจมหายไปทั้งเกาะ ย่อมพันธินที่จะปฏิบัติตามสัญญาได้ ตัวอย่างอื่นๆของการพันธินในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้แก่การแห้งขอดของลำน้ำ ทางรถไฟถูกรื้อถอนทำลายไปโดยไม่มีการสร้างขึ้นใหม่ แผ่นดินไหวจนผืนแผ่นดินแตกแยกไปตลอดจนอุบัติเหตุอื่นใด จนเป็นเหตุให้วัตถุแห่งการปฏิบัติตามสนธิสัญญาสูญสลายไป ส่วนตัวอย่างของเหตุสุดวิสัยในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่น ประเทศ A และประเทศ B ตกลงที่จะใช้ร่องน้ำลึกกึ่งกลางแม่น้ำในการเดินเรือในแม่น้ำกันพรมแดนระหว่างกัน โดยมีระยะห่างจากชายฝั่งรัฐทั้งสองในระยะไม่น้อยกว่า 20 เมตร แต่ต่อมาร่องน้ำลึกได้เปลี่ยนแปลงเส้นทาง ทำให้ร่องน้ำลึกไม่ได้อยู่กึ่งกลางลำน้ำอีกต่อไป และร่องน้ำลึกนั้นประชิดชายฝั่งของอีกรัฐหนึ่งทำให้มีระยะห่างจากฝั่งของรัฐดังกล่าวน้อยกว่า 20 เมตร ดังนั้นเป็นเหตุสุดวิสัยที่จะปฏิบัติตามความตกลงเดิม ส่วนตัวอย่างของการเกิดสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญเช่น รัฐ A และรัฐ B ตกลงที่จะแบ่งเขตในการทำการประมงในเขตทางทะเลที่ยังไม่สามารถที่จะตกลงกันได้ว่าควรเป็นเขตของใคร แต่ต่อมา รัฐทั้งสองเกิดข้อพิพาทจนต้องนำคดีสู่การพิจารณาของศาล ในที่สุดรัฐ A เป็นผู้ชนะคดีเขตทางทะเลดังกล่าวย่อมอยู่ภายในเขตทางทะเลของรัฐ A ดังนั้นได้เกิดสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญในส่วนที่เป็นสาระสำคัญด้วย รัฐ A ย่อมไม่อยู่ในฐานะที่จะมีพันธกรณีต้องแบ่งเขตทางทะเลกับรัฐ B อีกต่อไปเพราะสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปแล้ว

ส่วนมาตรา 61 ข้อ 2 ของอนุสัญญานับดังกล่าวบัญญัติต่อไปว่า “การพันธินในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาไม่ว่าจะถูกกล่าวอ้างโดยรัฐบาลีเพื่อเป็นเหตุที่จะยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอนตัวจากสนธิสัญญา หากการพันธินนั้นเป็นเหตุมาจากการปฏิบัติผิดสนธิสัญญาของรัฐบาลีฝ่ายนั้นเองไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญานั้น หรือ ปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่

²⁰⁴ Art. 61 Supervening impossibility of performance 1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

ต้องปฏิบัติต่อรัฐภาคีอื่นๆแห่งสนธิสัญญานั้น”²⁰⁵ กรณีนี้ได้แก่กรณีที่รัฐภาคีฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง กระทำการ หรือเป็นเหตุให้เกิดการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาได้โดยการปฏิบัติผิดสนธิสัญญา หรือฝ่าฝืน สนธิสัญญา เช่น รัฐ A และรัฐ B ได้ตกลงใช้ประโยชน์ร่วมกันในลำน้ำแต่ต่อมามีน้ำเกิดแห้งขอดไป แต่ สาเหตุที่ลำน้ำตื้นเขิน หรือแห้งขอดไปนั้นเพราะรัฐหนึ่งไปทำการกั้นฝ่ายกันน้ำเก็บไว้ใช้แต่เพียงรัฐเดียว ไม่ปล่อยให้ลำน้ำไหลไปตามลำน้ำตามธรรมชาติ รัฐดังกล่าวจะกล่าวอ้างการพ้นวิสัยในการปฏิบัติตาม สนธิสัญญาไม่ได้เพราะเป็นการปฏิบัติผิดต่อพันธกรณีตามสนธิสัญญา และปฏิบัติผิดต่อพันธสัญญาต่อ รัฐภาคีอื่นนั่นเอง

5.14 สถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ

มาตรา 62 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการกล่าวอ้างหลัก พฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (*Rebus Sic Stantibus*) เพื่อเป็นเหตุยกเลิกสนธิสัญญา หรือถอน ตัวจากสนธิสัญญา หรือการระงับใช้สนธิสัญญา ซึ่งเป็นหลักยกเว้นหลักที่ว่า สนธิสัญญาต้องเป็น สนธิสัญญา หรือ สัญญายอมผูกพัน (*Pacta Sunt Servanda*) ซึ่งเป็นหัวใจของหลักกฎหมายระหว่าง ประเทศว่าด้วยการทำสนธิสัญญา และเป็นหัวใจของหลักการทำสัญญาตามกฎหมายภายในที่ต้องเคารพ ในเจตนารมณ์ที่ได้แสดงออกเพื่อผูกพันตนตามสนธิสัญญา หรือตามสัญญาที่ได้กระทำต่อกันไว้ การใช้ หลัก *Rebus Sic Stantibus* จึงต้องใช้อย่างระมัดระวัง มิฉะนั้นย่อมสิ้นคลอนความศักดิ์สิทธิ์แห่งหลักการ แสดงเจตนาเพื่อผูกพันตามสนธิสัญญา หรือสัญญาแล้วแต่กรณี อย่างไรก็ตาม หลักพฤติการณ์ เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนี้เป็นที่ยอมรับว่ามีอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสนธิสัญญา หลัก กฎหมายพื้นฐานของหลักเกณฑ์นี้มาจากหลักที่เรียกว่า *Conventio Omnis intelligitur rebus sic stantibus* และอาจเป็นเหตุในการยกเลิก หรือระงับสนธิสัญญาได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 62 ดังกล่าวว่า

“1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากของสถานการณ์ (*A fundamental change of circumstances*) ซึ่ง ได้เกิดขึ้นแก่พฤติการณ์ที่ได้มีอยู่ในขณะที่ทำสนธิสัญญา และเป็นพฤติการณ์ซึ่งรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญา ไม่อาจคาดหมายได้นั้น ไม่อาจยกขึ้นมาเป็นเหตุเพื่อยกเลิกเพิกถอนจากสนธิสัญญา เว้นแต่

ก. การมีอยู่ของพฤติการณ์เหล่านั้นเป็นพื้นฐานสำคัญของการให้ความยินยอมของรัฐภาคีเพื่อ ผูกพันตามสนธิสัญญา

ข. ผลของการเปลี่ยนแปลงนั้นก่อให้เกิดการแปรเปลี่ยนอย่างมากของรูปแบบ และขอบเขตแห่ง สารัตถะแห่งพันธกรณีซึ่งรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญา

²⁰⁵ Art. 61. 2 Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

1. การเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์ดังกล่าวข้างต้นนั้นรัฐภาคีไม่อาจจะยกขึ้นเป็นเหตุเพื่อยกเลิก เพิกถอน สนธิสัญญาได้ในกรณีต่อไปนี้

- ก. หากสนธิสัญญานั้นเป็นสนธิสัญญาที่กำหนดเขตแดน เช่นในกรณีที่รัฐภาคีได้ร่วมกันกำหนดให้ใช้ร่องน้ำลึกเป็นเส้นแบ่งเขตแดน และใช้เป็นแนวกั้นพรมแดนระหว่างประเทศ แม้ต่อมาร่องน้ำลึกค่อยๆ เปลี่ยนเส้นทางตามธรรมชาติจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงแนวเส้นเขตแดน แนวเขตแดนก็ให้เปลี่ยนแปลงไปตามนั้นตามเส้นทางของร่องน้ำลึกโดยไม่ถือว่าพฤติการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากอันเป็นเหตุให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลง หรือ
- ข. หากการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์นั้นเป็นผลมาจากการฝ่าฝืนพันธกรณีแห่งสนธิสัญญา หรือพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐที่กล่าวอ้างเช่นนั้น ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญานั้นๆ

3. ภายใต้ข้อบทในวรรคก่อนนี้ หากรัฐภาคีใดอาจจะกล่าวอ้างการเปลี่ยนแปลงอย่างมากแห่งพฤติการณ์เพื่อเป็นเหตุในการยกเลิก เพิกถอนตนจากสนธิสัญญา รัฐภาคีนั้นก็อาจจะยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างเพื่อการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญานั้นได้ด้วย²⁰⁶

ข้อสังเกตที่ต้องทำความเข้าใจ คือ การที่มีพฤติการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากนี้ไม่ทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติแต่ประการใด เพียงแต่เป็นเหตุให้รัฐภาคีแห่งสนธิสัญญายกขึ้นกล่าวอ้างเพื่อยกเลิก หรือเพิกถอนจากสนธิสัญญา หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา และหากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องของสนธิสัญญาประสงค์ที่จะแก้ไขสนธิสัญญาเพื่อให้มีการบังคับใช้สนธิสัญญานั้นกันต่อไป ก็ต้องให้รัฐภาคีเหล่านั้นมาเจรจาตกลงแก้ไข เปลี่ยนแปลงสนธิสัญญา ทั้งนี้ตามมาตรา 39 ถึง 41 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ตามที่ได้ศึกษามาแล้วต่อไป

²⁰⁶ Art. 62 Fundamental change of circumstances 1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless: (a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and (b) the effect of the change is radically transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty: (a) if the treaty establishes a boundary; or (b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

อย่างไรก็ตามรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาที่จะกล่าวอ้างถึงเหตุพหุเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากมาเป็นข้อยกเล็ก หรือถอนตัวจากสนธิสัญญานั้น อาจจะสันนิษฐานนี้ไปหากรัฐภาคีได้ตกลงอย่างชัดเจนว่า ให้สนธิสัญญายังคงสมบูรณ์ และมีผลบังคับใช้ต่อไป หรือโดยเหตุที่รัฐนั้นๆได้กระทำการใดๆอันถือได้ว่าเป็นการยอมรับโดยไม่ได้แย้งคัดค้านถึงความสมบูรณ์ของสนธิสัญญา หรือยังคงมีการบังคับใช้สนธิสัญญา ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 45 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ดังที่ได้อธิบายมาแล้วนั่นเอง

ตัวอย่างคดี Fisheries Jurisdiction case ซึ่งศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้พิจารณาคดีที่อังกฤษได้เสนอต่อศาลเนื่องจากไอร์แลนด์ได้ขยายเขตประมงออกไปฝ่ายเดียวจาก 12 ไมล์เป็น 50 ไมล์ ซึ่งกระทบต่อสิทธิในการทำประมงในเขตดังกล่าวของชาวประมงอังกฤษ ทำให้อังกฤษได้แย้งการขยายเขตการประมงดังกล่าว ซึ่งศาลมีอำนาจในการพิจารณาคดี โดยพิจารณาในประเด็นที่ว่าความตกลงในปี 1961 ระหว่างไอร์แลนด์กับอังกฤษว่าสิ้นสุดลงแล้วหรือไม่โดยเหตุที่ว่ามีพหุเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก (Fundamental change of circumstances) ซึ่งส่งผลกระทบต่อประมง หรือการจับปลา และเทคนิควิธีการจับปลา โดยมีเขตประมงที่เปลี่ยนแปลงไปแล้ว เดิมที่อังกฤษยอมรับเขตการประมงของไอร์แลนด์ 12 ไมล์เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ไอร์แลนด์ตกลงที่จะนำคดีสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่ต่อมาไอร์แลนด์แจ้งต่อศาลว่าจะไม่ยอมรับเขตอำนาจศาล และไม่แต่งตั้งตัวแทนมาแก้ต่างในคดีในศาล แต่ศาลตัดสินว่าศาลยังมีเขตอำนาจเหนือคดีและข้ออ้างของไอร์แลนด์ว่ามีพหุเหตุการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากและเป็นเหตุให้ตนยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นไม่ถูกต้อง ทั้งนี้เหตุที่กล่าวอ้างเกี่ยวกับพหุเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นไม่ว่ากรณีใดๆการเปลี่ยนแปลงแห่งพหุเหตุการณ์ที่กล่าวอ้างถึงนั้นไม่สามารถที่จะมีอยู่แค่เพียงผลกระทบต่อข้อบทเกี่ยวกับความตกลงที่จะนำข้อพิพาทมาสู่การพิจารณาของศาลเท่านั้น การเปลี่ยนแปลงอย่างมากมายย่อมต้องมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงรูปแบบอย่างมากต่อขอบเขตแห่งพันธกรณีของรัฐภาคีที่จะยังคงปฏิบัติตามผลของสนธิสัญญา การเปลี่ยนแปลงนั้นย่อมต้องเพิ่มภาระในพันธกิจที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาซึ่งทำให้การปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นแตกต่างไปอย่างมากกับการที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งสนธิสัญญาที่มีอยู่เดิม ศาลได้พิจารณาว่าหากมีการเปลี่ยนแปลงในกฎหมายในบางกรณี อาจถือได้ว่าเป็นเหตุที่จะกล่าวอ้างถึงพหุเหตุการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างมากได้ซึ่งกระทบต่อระยะเวลาการมีผลบังคับของสนธิสัญญา อย่างไรก็ตามศาลได้ตัดสินว่าข้อเท็จจริงที่ไอร์แลนด์ได้ตกลงเข้าทำสนธิสัญญาดังกล่าวนี้นี้เพื่อที่จะให้อังกฤษยอมรับเขตอำนาจรัฐเหนือเขตประมง 12 ไมล์ของไอร์แลนด์ทันที และข้อเท็จจริงเรื่องเขต 12 ไมล์ทะเลนี้ไม่ได้เป็นประเด็นข้อพิพาทอีกต่อไป แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเรื่องความตกลงยอมรับเขตอำนาจศาล และการดำรงอยู่ของความตกลงดังกล่าวนี้จะสูญสิ้นไปก็หาไม่ ทั้งนี้เนื่องจากวัตถุประสงค์ของความตกลงฉบับนี้ย่อมกว้างขวางกว่าประเด็นเฉพาะเรื่องการรับรองเขตอำนาจรัฐเหนือเขตการประมงนั้น แต่หมายถึงรัฐภาคียอมรับที่จะนำข้อพิพาทสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นกลไกในการยุติข้อพิพาทกัน และวัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้หาได้มีการเปลี่ยนแปลงไปไม่ได้ แม้เหตุผลเหตุจูงใจในการทำให้ไอร์แลนด์ตกลงเข้าทำสนธิสัญญาด้วยได้บรรลุไปแล้วก็ตาม และมีการเปลี่ยนแปลงเขตการประมงไปแล้วก็ตาม ก็ไม่ได้ทำให้วัตถุประสงค์ในการตกลงดังกล่าวสิ้นสุดไปข้ออ้างของไอร์แลนด์จึงรับฟังไม่ได้

สนธิสัญญาขัดกับ “Jus cogens” หรือเกิด “Jus cogens” ใหม่

มาตรา 64 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติว่า “หากมีหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะที่เป็นกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) เกิดขึ้นใหม่ บรรดาสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่นั้นหากขัด หรือแย้งกับหลักกฎหมายเด็ดขาดใหม่นี้ ย่อมเป็นโมฆะและสิ้นสุดลงทันที”²⁰⁷ ในกรณีนี้หมายถึงรัฐต่างๆ ที่ได้มีการทำสนธิสัญญาระหว่างกันขึ้น และมีข้อบทตามสนธิสัญญาที่บังคับระหว่างกันนั้น หากข้อบทใด ๆ ที่มีอยู่นั้นขัดกับหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็น jus cogens สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะ กล่าวคือ หากต่อมาเกิดมีหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เป็นหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) ห้ามการกระทำที่บัญญัติไว้ในสนธิสัญญาที่มีอยู่นั้น สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะและสิ้นสุดลงทันทีนั่นเอง

ข้อสังเกตความแตกต่างของมาตรา 64 และมาตรา 53 ของอนุสัญญานับเดียวกันนี้ อยู่ที่มาตรา 53 นั้นเป็นกรณีที่มีกฎเกณฑ์อันเป็นหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีลักษณะเด็ดขาดไม่อาจมีกฎเกณฑ์อื่นมาขัดหรือแย้งได้นี้มีอยู่ก่อนแล้ว และต่อมาหากมีรัฐใดได้ตกลงทำสนธิสัญญาที่มีข้อบท หรือบทบัญญัติที่ขัด หรือแย้งกับกฎเกณฑ์ที่เป็น Jus cogens นี้ ที่มีอยู่ก่อนแล้วนั้น สนธิสัญญานั้นย่อมเป็นโมฆะทันทีนับตั้งแต่เวลาที่ทำสนธิสัญญานั้น (Void ab initio) แต่ในกรณีของมาตรา 64 นี้ เป็นกรณีที่ได้มีการทำสนธิสัญญากันมาก่อนแล้ว และสนธิสัญญาเหล่านี้มีผลบังคับใช้อยู่ แต่ต่อมาได้เกิดหลักเกณฑ์อันเป็นหลักกฎหมายเด็ดขาดที่ไม่อาจละเมิดได้เกิดขึ้นมาใหม่ และ หลักเกณฑ์นั้นไปขัด หรือแย้ง หรือห้าม บทบัญญัติแห่งสนธิสัญญาใด ๆ ที่มีอยู่แล้วนั้น เหล่าบรรดาสนธิสัญญาที่ใช้บังคับอยู่นี้ที่ขัด หรือแย้งกับกฎเกณฑ์ที่เป็น Jus cogens นี้ ย่อมตกเป็นโมฆะ และ สิ้นสุดลงทันที หมายความว่า สนธิสัญญาที่มีอยู่นั้นสมบูรณ์อยู่จนกว่ามีหลักกฎหมายที่เป็น Jus cogens เกิดขึ้นใหม่มาขัด หรือแย้งกับสนธิสัญญาๆ นั้นจึงเป็นโมฆะ ดังนั้นสนธิสัญญาชนิดนี้ไม่ได้โมฆะมาแต่แรกที่ทำสนธิสัญญา และการกระทำใดๆ ที่กระทำต่อกันก่อนที่สนธิสัญญาจะเป็นโมฆะย่อมมีผลสมบูรณ์ และรัฐภาคีจะกล่าวอ้างว่าสนธิสัญญาเป็นโมฆะย้อนหลังไปไม่ได้ และการกระทำใดๆ ที่กระทำไปก่อนหน้าที่สนธิสัญญาจะโมฆะ เพราะมีกฎหมายที่เป็น Jus cogens เกิดขึ้นนี้ ก็ไม่ต้องรับผิดชอบใดๆ ต่อรัฐภาคีอื่นแห่งสนธิสัญญา เพราะสนธิสัญญานั้นสมบูรณ์มาก่อนแล้ว และการกระทำใดๆ ภายใต้สนธิสัญญาที่สมบูรณ์ย่อมสมบูรณ์และบังคับได้นั่นเอง แต่ต่อมาเมื่อสนธิสัญญาเป็นโมฆะและสิ้นสุดแล้ว สนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลงด้วยตนเอง และในกรณีนี้ย่อมมีผลต่อรัฐภาคีในอันที่จะไม่ออกกฎหมายภายในที่ขัด หรือแย้งกับหลักกฎหมายที่เป็น Jus cogens นี้ด้วย

²⁰⁷ Art. 64 Emergence of a new peremptory norm of general international law (jus cogens). If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

คู่ภาคีของสนธิสัญญาลิ้นสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย

1. คู่ภาคีของสนธิสัญญาลิ้นสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมายทำให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลง

เป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นที่ยอมรับกันในกฎหมายระหว่างประเทศว่าหากรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาทวิภาคีใด ลิ้นสถานภาพทางกฎหมาย หรือเปลี่ยนแปลงสถานะทางกฎหมาย เช่นรัฐภาคีฝ่ายหนึ่งได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง สนธิสัญญานั้นย่อมลิ้นสุดลงเนื่องจากไม่มีคู่ภาคี อย่างไรก็ตามในเวลาที่ต่อมาเหตุดังกล่าวนี้ไม่จัดว่าเป็นเหตุที่จะกล่าวอ้างเพื่อการลิ้นสุดลงของสนธิสัญญาว่าเป็นเหตุโดยเฉพาะ แต่ภายใต้สนธิสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้ถือว่าเหตุดังกล่าวได้กลายเป็นเหตุให้กล่าวอ้างได้เหตุหนึ่งว่าให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลง หรือ เป็นเหตุให้ถอนตัวจากสนธิสัญญา หรือ เป็นเหตุให้มีการระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญา ภายใต้หลักเกณฑ์เรื่องการพ้นวิสัยที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญา (Supervening impossibility of performance) หรืออาจจะกล่าวอ้างเป็นเหตุให้สนธิสัญญาลิ้นสุดลงเนื่องจากสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปอย่างสำคัญ (Fundamental change of circumstances)

ตัวอย่างได้แก่ เมื่อสหภาพโซเวียตรัสเซียล่มสลายก็เกิดข้อสงสัยในทางระหว่างประเทศว่าสนธิสัญญาที่สหภาพโซเวียตได้กระทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสนธิสัญญาห้ามการใช้อาวุธนิวเคลียร์ *Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems*; May 26, 1972 ลงนามเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 1972 ที่กรุงมอสโก โดยผ่านความเห็นชอบของสภาชีเนต สหรัฐ (US Senate) เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม ค.ศ. 1972 และมีผลบังคับเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม ค.ศ. 1972 นั้นซึ่งขณะนั้นสหภาพโซเวียตรัสเซียได้กระทำขึ้นกับสหรัฐอเมริกาในฐานะที่เป็นรัฐภาคีหนึ่งเดียวคือสหภาพโซเวียตรัสเซียซึ่งได้รวมเอาประเทศในสหภาพเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันเป็นประเทศเดียว แต่ต่อมาเมื่อสหภาพโซเวียตล่มสลายลง ย่อมไม่ได้คงสถานะทางกฎหมายเป็นประเทศสหภาพโซเวียตรัสเซียอีกต่อไป แต่กลายเป็นประเทศรัสเซีย และประเทศที่เคยรวมกันเป็นประเทศสหภาพโซเวียตรัสเซียได้แยกตัวเป็นรัฐอิสระรัฐเล็กจ้อย จึงไม่มีฐานะเป็นประเทศที่เคยเป็นรัฐภาคีของสนธิสัญญาอีกต่อไป ถือได้ว่าสนธิสัญญานับนี้ลิ้นสุดลงหรือไม่ และหากสหรัฐไปทำสนธิสัญญากับทุกประเทศที่แยกตัวเป็นอิสระรวมทั้งประเทศรัสเซียด้วย จะถือว่ามิผลเท่ากับสนธิสัญญานับเดิมหรือไม่ นักกฎหมายระหว่างประเทศต่างก็เห็นว่าสนธิสัญญาเดิม คือ *Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the Limitation of Anti-Ballistic Missile Systems* นั้นได้ลิ้นสุดลงแล้ว และการทำสนธิสัญญาระหว่างสหรัฐอเมริกากับกลุ่มประเทศเหล่านี้ เป็นรายประเทศไป ได้กลายเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีฉบับใหม่หลายๆฉบับกับแต่ละประเทศไป

อีกกรณี ได้แก่กรณีการทำสนธิสัญญา "Warsaw Pact" หรือมีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า *Treaty of Friendship, Co-operation and Mutual Assistance* เป็นความตกลงระหว่างกลุ่มรัฐสังคมนิยม

ในยุโรปตะวันออก และยุโรปกลาง ซึ่งทำขึ้นในปี ค.ศ. 1955 เพื่อเป็นกลุ่มป้องกันร่วมต่อต้านกลุ่ม NATO ของค่ายเสรีนิยม ซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1949 ความตกลง วอร์ซอร์ ดังกล่าวนี้อาจมีผลบังคับในช่วงสงครามเย็น จนกระทั่งสหภาพโซเวียตรัสเซียล่มสลาย ทำให้ประเทศต่างๆที่เป็นภาคสมาชิกถอนตัวจากความตกลงดังกล่าว และในที่สุดสนธิสัญญาฉบับนี้ก็สิ้นสุดลงอย่างเป็นทางการ เมื่อเดือนกรกฎาคม ปี ค.ศ. 1991 นับเป็นอีกตัวอย่างหนึ่งของการสิ้นสภาพทางกฎหมายเป็นผลให้สนธิสัญญาล่มสลาย หรือเป็นเหตุให้มีการถอนตัวจากสนธิสัญญา ดังกล่าวแล้ว

2. เหตุอื่น ๆ ที่ทำให้สนธิสัญญาอาจสิ้นสุดลง

นอกจากกรณีสำคัญที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในการที่จะทำให้สนธิสัญญาล่มสลาย หรือ ระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือเป็นเหตุให้รัฐภาคีถอนตัวจากสนธิสัญญาแล้วยังมีเหตุอื่นๆ ที่อาจจะทำให้สนธิสัญญาล่มสลาย หรือไม่มีผลบังคับได้แก่ กรณีการเกิดสงครามขึ้นระหว่างรัฐภาคี ที่ทำให้ไม่อยู่ในฐานะที่จะมีการปฏิบัติตามสนธิสัญญา ในสมัยก่อนนั้นถือว่าเมื่อเกิดสงครามแล้วสนธิสัญญาย่อมสิ้นสุดลง แต่ต่อมาเมื่อแนวคิดใหม่เห็นว่าการเกิดสงครามระหว่างรัฐภาคีไม่ทำให้สนธิสัญญาล่มสลาย ผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาไม่ถูกระงับกระเทือนแต่อย่างใด ดังนั้นเมื่อสงครามสิ้นสุดลงรัฐภาคียังคงปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไปอีกได้เพราะการเกิดสงครามไม่ได้เป็นเหตุให้สนธิสัญญาล่มสลายโดยผลของกฎหมาย เว้นแต่รัฐภาคีต่างแสดงเจตนาจะยุติสนธิสัญญา หรือ การมีสัมพันธภาพที่ดีต่อกันเป็นสาระสำคัญ หรือเป็นเงื่อนไขของการปฏิบัติตามสนธิสัญญา หรือมีข้อตกลงกำหนดเหตุแห่งการยกเลิกสนธิสัญญาระหว่างกันหากเกิดสงครามขึ้น

สำหรับกรณีของการตัดความสัมพันธ์ทางการทูต หรือทางกงสุลนั้นไม่กระทบกระเทือนผลทางกฎหมายของสนธิสัญญา ซึ่งรัฐภาคีมีผลผูกพันตามสนธิสัญญา เว้นแต่การคงอยู่แห่งความสัมพันธ์ทางการทูตนั้นเป็นสาระสำคัญแห่งสนธิสัญญา และเป็นเงื่อนไขในการปฏิบัติตามสนธิสัญญาด้วย ย่อมทำให้ไม่อาจจะคงสนธิสัญญาไว้ได้ แต่หากเป็นสนธิสัญญาที่บรรจุหลักกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศไว้แม้การตัดความสัมพันธ์ทางการทูตแล้วก็ตามรัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีแห่งกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศนั้นๆ ในฐานะที่เป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการทูต และกงสุล แม้รัฐภาคีได้ตัดความสัมพันธ์ทางการทูตไปแล้วก็ตามแต่รัฐภาคียังคงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้กฎหมายว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูตต่อไป

3. ผลของความไม่สมบูรณ์ การยกเลิก และการระงับใช้สนธิสัญญา

ในส่วนสุดท้ายนี้จะกล่าวถึง ผลของความไม่สมบูรณ์ (Invalidity) การยกเลิกหรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญา (Termination) และการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา (Suspension) โดยกล่าวถึงผลทางกฎหมายของสนธิสัญญาในกรณีต่างๆที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในเหตุต่างๆ ของการสิ้นสุด ยกเลิก หรือระงับการบังคับใช้สนธิสัญญา

3.1 ผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา

มาตรา 69 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการที่สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลโดยชอบตามกฎหมาย (Consequences of the invalidity of a treaty) ไว้ดังนี้

1. หากปรากฏว่าสนธิสัญญาใดมีความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น จากเหตุต่างๆตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นี้ ให้สนธิสัญญานั้นเป็นโมฆะ และข้อบทต่างๆของสนธิสัญญาที่เป็นโมฆะนี้ไม่มีผลบังคับใดๆตามกฎหมาย²⁰⁸ ความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญา ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาได้แก่ การขาดความสามารถของผู้แทนของรัฐเพราะขัดต่อกฎหมายภายในของรัฐตามมาตรา 47 หรือ เพราะเกิดการผิดพลาดขึ้น (Error) ในสนธิสัญญาตามมาตรา 48 อนุสัญญานับเดียวกัน เหตุเหล่านี้ทำให้สนธิสัญญาไม่สมบูรณ์ ดังนั้นมาตรา 69 กำหนดให้สนธิสัญญาเหล่านั้นเป็นโมฆะเสียเปล่า (Void) นับตั้งแต่ได้มีการยกเหตุดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้าง และสนธิสัญญาที่เสียเปล่านี้ย่อมไม่มีผลบังคับใดๆตามกฎหมายนับตั้งแต่เวลาที่สนธิสัญญาเสียเปล่า

2. แต่ถ้าหากได้มีการปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นนั้นไปแล้วโดยสุจริตให้

(ก) แต่ละรัฐภาคีอาจจะกำหนดให้รัฐภาคีอื่นๆกระทำทุกวิถีทางเท่าที่จะกระทำได้เกี่ยวกับการความสัมพันธ์ร่วมกันในฐานะรัฐภาคีให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ดำรงอยู่นั้นถ้าหากจะไม่มี การปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นนั้น

(ข) การปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดยสุจริตก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะถูกกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์ หรือไม่มีผลบังคับนั้น ไม่ถือว่าการปฏิบัติเช่นนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น กล่าวคือการปฏิบัติตามสนธิสัญญาอย่างใด ๆ ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะไม่สมบูรณ์ หากถูกระทบกระเทือนในความสมบูรณ์แห่งการปฏิบัตินั้นๆ ไม่²⁰⁹

ในกรณีนี้หมายถึง หากรัฐภาคีใดๆได้มีการกระทำ หรือปฏิบัติตามสนธิสัญญาไปแล้วก่อนที่จะมีการกล่าวอ้างถึงความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญานั้น การกระทำโดยสุจริตนั้นไม่ถือว่าตกเป็นอันไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเพราะเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญา โดยให้แต่ละรัฐภาคีกระทำทุกวิถีทางเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อให้ทุกรัฐกลับคืนสู่ฐานะเดิมที่ควรจะเป็นหากไม่มีการกระทำในการปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น

²⁰⁸ Art. 69 Consequences of the invalidity of a treaty 1. A treaty the validity of which is established under the present Convention is void. The provision of a void treaty have no legal force.

²⁰⁹ Art. 69. 2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty: (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed; (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.

3. ในกรณีที่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 49, 50, 51, หรือ 52 ความในข้อ 2 ข้างต้นจะไม่ปรับใช้ มาตรการดังกล่าวกับรัฐภาคีที่ได้กระทำการอันเป็นต้นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญานั้นๆ กล่าวคือ หากความไม่สมบูรณ์นั้นๆ เกิดขึ้นเพราะการฉ้อฉล (Fraud) ตามมาตรา 49 หรือการประพฤติมิชอบ (corruption) ตามมาตรา 50 หรือการข่มขู่ (coercion) ผู้แทนของรัฐตามมาตรา 51 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา²¹⁰ ในกรณีนี้หมายถึงการที่รัฐที่เป็นต้นเหตุแห่งความไม่สมบูรณ์ของสนธิสัญญาดังกล่าว ข้างต้นนี้ไม่สามารถที่จะเรียกร้องให้รัฐภาคีอื่นๆ กระทำการเพื่อให้กลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนที่จะมีการ ปฏิบัติตามสนธิสัญญาเช่นว่านั้นตามมาตราที่กำหนดไว้ใน ข้อ 2

ส่วนการที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะทันทีที่ได้มีการข่มขู่รัฐโดยตรงตามมาตรา 52 นั้น การใดๆ ที่ได้ กระทำลงอันเป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่เป็นโมฆะนั้น ย่อมไม่มีผลทางกฎหมายแต่ประการใด เนื่องจาก การข่มขู่รัฐทำให้สนธิสัญญาเป็นโมฆะมาตั้งแต่แรกทันที (Void ab initio)

4. ในกรณีความไม่สมบูรณ์แห่งความยินยอมของรัฐเพื่อผูกพันตนตามสนธิสัญญาพหุภาคีนั้น ให้ นำเอาหลักเกณฑ์ในวรรคต่างๆ ข้างต้นนี้มาปรับใช้เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้นๆ กับรัฐภาคี อื่นๆ แห่งสนธิสัญญานั้นๆ ด้วย²¹¹ ผลของความไม่สมบูรณ์แห่งสนธิสัญญาดังกล่าวข้างต้น

3.2 ผลของการยกเลิกสนธิสัญญา

มาตรา 70 ของอนุสัญญา กรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการยกเลิกสนธิสัญญาไว้ ดังนี้

1. เว้นแต่สนธิสัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น หรือ ภาคีแห่งสนธิสัญญานั้นได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การยกเลิกสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญานั้น หรือที่เป็นไปตามที่อนุสัญญากรุง เวียนนา 1969 ได้กำหนดไว้ ให้มีผลดังนี้ คือ

(ก) ให้รัฐภาคีหลุดพ้นจากพันธกรณีทั้งปวงในอันที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาอีกต่อไป

(ข) การยกเลิก หรือการสิ้นสุดของสนธิสัญญาไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิ พันธะความผูกพัน หน้าที่ หรือ สถานการณ์ทางกฎหมายของรัฐภาคี ที่ได้มีขึ้นภายใต้สนธิสัญญา หรือที่เกิดขึ้น เนื่องจากการบังคับตามผลของสนธิสัญญาก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง

2. หากรัฐภาคีได้ประกาศ หรือถอนตัวจากสนธิสัญญาพหุภาคี ข้อบในข้อที่ 1 ข้างต้นจะนำมา ปรับใช้ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีนั้น และรัฐภาคีอื่นๆ แต่ละรัฐแห่งสนธิสัญญานั้น เมื่อการประกาศ หรือการถอนตัวออกจากสนธิสัญญานั้นมีผลตามกฎหมาย²¹²

²¹⁰ Art. 69. 3. In case falling under articles 49, 50, 51, or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.

²¹¹ Art. 69. 4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

3.3 ผลของการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญา

มาตรา 72 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 ได้บัญญัติเกี่ยวกับผลของการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญาไว้ดังนี้

1. เว้นแต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือรัฐภาคีได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น การระงับการบังคับใช้ของสนธิสัญญาภายใต้บทบัญญัติของสนธิสัญญา หรือที่เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนา 1969 นั้น ให้มีผลดังต่อไปนี้

(ก) ปลดเปลื้องรัฐภาคีซึ่งสนธิสัญญานั้นระงับการใช้บังคับ จากหน้าที่ พันระความผูกพันตามสนธิสัญญาในความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในระหว่างระยะเวลาที่มีการระงับการใช้บังคับสนธิสัญญานั้น

(ข) ไม่กระทบกระเทือนต่อความสัมพันธ์ทางกฎหมายที่กำหนดขึ้นตามสนธิสัญญาระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญานั้น

2. ในระหว่างระยะเวลาที่มีการระงับการบังคับใช้สนธิสัญญานั้น รัฐภาคีพึงละเว้นจากการกระทำใดๆ ซึ่งมีแนวโน้มที่จะขัดขวางการกลับมามีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาอีก (Resumption)²¹³

3.4 ผลของความเป็นโมฆะแห่งสนธิสัญญาซึ่งขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

กรณีที่สนธิสัญญาเป็นโมฆะเพราะขัดกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศนั้น มีสองกรณี กล่าวคือ

1. กรณีที่สนธิสัญญาไปขัดกับกฎหมายเด็ดขาดที่มีอยู่แล้วในขณะที่ทำสนธิสัญญา ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 53 แห่งอนุสัญญากรุงเวียนนา ซึ่งผลของสนธิสัญญาจะเป็นโมฆะทันทีที่ทำสนธิสัญญา (Void ab initio) ในกรณีนี้ มาตรา 71 (1) แห่งอนุสัญญาฉบับเดียวกันนี้บัญญัติถึงความเป็นโมฆะของสนธิสัญญาดังกล่าวไว้ว่า

²¹² Art. 70 Consequences of the termination of a treaty. 1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention: (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty; (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination. 2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1. applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

²¹³ Art. 72 Consequences of the suspension of the operation of a treaty 1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention: (a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension; (b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty. 2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

- ก. ให้รัฐภาคีทั้งหมดขจัดผลของการกระทำใดๆ ที่ได้กระทำขึ้นอันเป็นการปฏิบัติตามสนธิสัญญาที่ขัดกับกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ นี้ให้มากที่สุดเท่าที่จะกระทำได้ เช่นรัฐภาคีตกลงร่วมกันใช้กำลังรุกรานรัฐอธิปไตยอื่น และได้มีการดำเนินการใดๆ ไปตามพันธกรณีตามสนธิสัญญานี้แล้ว จะต้องระงับการกระทำนั้นๆ ทันที และขจัดความเสียหายอันเป็นผลของการกระทำนั้นๆ ด้วยเท่าที่จะกระทำได้
- ข. ให้รัฐภาคีทั้งปวงดำเนินการความสัมพันธ์ระหว่างกันให้สอดคล้องกับหลักกฎหมายเด็ดขาด (jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่มีอยู่แล้วนั้น²¹⁴

4. ในกรณีที่สนธิสัญญาได้ตกเป็นโมฆะ และสิ้นสุดลงภายใต้ มาตรา 64 ซึ่งเป็นกรณีที่สนธิสัญญานั้นได้กระทำขึ้นและมีผลบังคับอยู่ก่อนแล้ว จึงมีหลักกฎหมายเด็ดขาดที่มาห้ามบัพัญญุตินในสนธิสัญญา หรือมาขัดกับสนธิสัญญาที่บังคับใช้อยู่ นั้น การสิ้นสุดของสนธิสัญญาดังกล่าวนั้นมีผลดังต่อไปนี้ คือ

(ก) ปลดเปลื้องรัฐภาคีจากพันธกรณีในอันที่จะปฏิบัติตามสนธิสัญญาต่อไป

(ข) ไม่มีผลกระทบต่อนิติ หน้าที่ พันธะ ความผูกพัน หรือสถานการณ์ทางกฎหมายของรัฐภาคี ที่ได้มี ได้เกิดขึ้นอันเนื่องจากการบังคับใช้สนธิสัญญา หรือเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญา ก่อนที่สนธิสัญญานั้นจะสิ้นสุดลง หรือสิ้นสุด แต่สิทธิ หน้าที่ หรือพันธะความผูกพัน หรือสถานการณ์นั้นในตัวเอง จะยังคงดำรงอยู่ต่อมาเพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายเด็ดขาด (Jus cogens) แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่เกิดขึ้นในภายหลังนั้น²¹⁵

²¹⁴ Art. 71 Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm of general international law 1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall: (a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and (b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

²¹⁵ Art. 71. 2. In the case of treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty: (a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty; (b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided tat those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

คำชี้แจงการใช้ข้อมูลในบทที่ 6

การวิเคราะห์ **Model** การเจรจา FTA ในข้อบทด้านการลงทุนนี้ เป็นการชี้ให้เห็นประเด็นทางกฎหมายจากข้อเรียกร้องของสหรัฐเองที่เสนอต่อไทย ตาม **Model** ของสหรัฐ (ใช้ข้อมูล ณ. ปี 2005 จาก www.bit.org) และได้เสนอประเด็นพิจารณาให้ฝ่ายเจรจาในหลายวาระแตกต่างกัน ประเด็นเหล่านี้ หากฝ่ายเจรจาได้นำไป พิจารณาต่อรองกับสหรัฐในรอบต่าง ๆ มาแล้ว และข้อบทที่ได้ผ่านการเจรจา ณ. ปัจจุบัน ได้เปลี่ยนแปลงไปบ้างแล้วจากข้อบทที่สหรัฐเสนอมานั้น ย่อมเป็นการได้ใช้ประโยชน์จากประเด็นที่วิเคราะห์ พิจารณานี้บ้างระดับแล้ว ดังนั้นหากสถานะปัจจุบัน ข้อบทความตกลงได้มีการเปลี่ยนแปลงไปตามผลของการเจรจาแตกต่างจากที่สหรัฐได้เสนอตาม **Model** นี้ ไม่ได้หมายความว่า ข้อบทที่วิเคราะห์มานี้ผิดพลาด แต่เป็นการได้รับประโยชน์จากการหยีบยกประเด็นที่ชี้แนะมานี้ เพื่อการพิจารณา เเจรจาต่อรองแล้วสามารถเปลี่ยนแปลงการเรียกร้องของสหรัฐได้บ้าง บางระดับ หรือมีการตกลงกันในประเด็นที่ไทยเสียเปรียบได้บ้าง อย่างไรก็ตาม ปัญหาในด้านการ **Implementation** เป็นประเด็นที่สำคัญที่จะละเลยมิได้ เช่นประเด็นการบังคับใช้ FTA ในระดับ **State law** ของสหรัฐ เป็นต้น

อีกหนึ่ง **Model** ที่สหรัฐเสนอภายใต้ FTA นั้นเป็น **Model** ที่สหรัฐได้พัฒนาขึ้นมาจาก **Model** ที่เคยมีมาก่อน เพื่อให้ให้นักลงทุนสหรัฐได้ประโยชน์สูงสุด หรือ ได้รับมาตรฐานในการคุ้มครองและเปิดเสรีในประเทศที่รับการลงทุนสูงสุด ซึ่งบางมาตรการถึงแม้จะเคยมีอยู่ใน BIT ก็อาจจะยังปรากฏใน FTA ด้วย เพราะเป็นสิ่งที่เอื้อประโยชน์อยู่แล้ว **Model** ใหม่ ไม่ได้หมายความว่าแตกต่างโดยสิ้นเชิงจาก **Model** เดิมที่มีมาก่อนแล้ว จึงทำความเข้าใจการใช้ข้อมูลนี้มาเพื่อทราบ

“The World has enough for every one’s need but not enough for every one’s greed”

Mahatma Gandhi

“โลกมีทรัพยากรเพียงพอสำหรับความต้องการที่จำเป็นในการดำรงชีวิตของมนุษย์ทุก ๆ คน แต่มีไม่เพียงพอสำหรับความโลภที่ไม่สิ้นสุดของมนุษย์ทุก ๆ คน”

มหาตมะ คานธี

Lamy’s statement

“We need to remember that trade is only a tool to elevate

the human condition: the ultimate impact of our rules on human beings should always be at the centre of our consideration”.

Lamy urged more assistance to help developing countries deal with the imbalances created between winners and losers from trade opening”.

บทที่ 6

ข้อเสนอแนะต่อการเจรจาของฝ่ายไทยในบทเรื่องการลงทุน²¹⁶

ผลกระทบที่สำคัญของ FTA Thai - US ต่อประเทศไทย

การทำ FTA Thai-US ตามความเรียกร้องทั้งหมด ของสหรัฐอเมริกาต่อประเทศไทย (หากไทยไม่ประสบความสำเร็จในการต่อรองกับสหรัฐอเมริกา) จะเป็นการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางเศรษฐกิจของไทยครั้งมหาศาล และย่อมมีผลกระทบต่อโครงสร้างทางสังคม วัฒนธรรม และสิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อวิถีไทย และระบบคุณธรรม จริยธรรม และหากยอมตามที่สหรัฐอเมริกาเรียกร้องทุกประการ ก็จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายในครั้งเดียวที่มหาศาลที่สุดครั้งหนึ่ง (เว้นแต่จะมีการแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับ FTA ไว้ล่วงหน้าก่อนแล้ว) Contradiction ระหว่างเศรษฐกิจพอเพียง กับ Global Market ในแนวคิดแบบ Neo-Classical หรือ Neo-Liberalism อาจมีหลายธุรกิจจะล้มหายตายจากไปเพราะการแข่งขันไม่ได้ ด้วยกำลังทุน และเทคโนโลยี จึงเป็นประเด็นที่ภาครัฐควรจะต้องหันมาส่งเสริมให้ไทยแข็งแกร่งจากภายใน จากภูมิปัญญาไทย พัฒนาศักยภาพ คุณภาพไทยให้ยั่งยืน

การทำ FTA Thai-US ครั้งนี้ ไม่ใช่ใช้วิธีการเปิดเสรีตามทฤษฎีว่าด้วย Economic integration, Economic cooperation หรือ Free Trade Area ตามครรลองที่ควรจะเป็น หากแต่พบว่าภายใต้ความตกลงฉบับดังกล่าวมีการเรียกร้องในสิ่งที่มิใช่การเปิดเสรีโดยตรงอย่างมากมายที่กระทบต่อผลประโยชน์ระยะยาวของประเทศชาติบ้านเมือง ฐานทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาไทย ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศักยภาพในการพัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสูญเสียที่มีอาจคิดคำนวณเป็นตัวเงินได้ Invisible loss ที่ไม่คุ้มกับ visible gain ที่ไทยจะได้รับ

ขณะที่การเจรจาระดับพหุภาคีขององค์การระดับโลก กำลังดำเนินอยู่ภายใต้กรอบโดฮา ว่าด้วยการพัฒนา (Doha Development Round) สหรัฐกลับรุกหนักเพื่อจัดทำข้อตกลงทวิภาคีและข้อตกลงแบบภูมิภาคนิยม คู่ขนานไปกับการเจรจาพหุภาคีขององค์การการค้าโลก

²¹⁶ หมายเหตุ การเสนอความเห็นนี้ ใช้ข้อมูลในการศึกษา ณ. เดือนกุมภาพันธ์ 2005 จาก www.BIT.org ตามข้อเรียกร้องของสหรัฐ ส่วนสถานะปัจจุบัน หลังจากการเจรจาไปแล้ว ข้อตกลงอาจมีการเปลี่ยนแปลงไป จึงขอชี้แจงว่าการหยิบยกประเด็นข้อเรียกร้องของสหรัฐมานี้เป็นไปตามข้อเสนอฝ่ายสหรัฐ เพื่อชี้ให้ฝ่ายเจรจาไทยได้ตระหนักเพื่อการเจรจาต่อรองกับสหรัฐ ดังนั้นหากผลสุดท้ายความตกลงยอมไม่เหมือนกับประเด็นที่ได้นำมาศึกษานี้ และถือว่าได้เกิดประโยชน์จากการชี้แนะนี้แล้ว

เหตุผลสำคัญที่สหรัฐต้องหันมาทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่างๆ นั้นมีอยู่ด้วยกัน 2 ประการ ประการแรกคือ การเจรจาพหุภาคีในกรอบโดฮาขาดความแน่นอน ประเทศสมาชิกต่างๆ ได้แตกแยกกันออกเป็นกลุ่มๆ ยากที่การเจรจาประเด็นการค้าต่างๆ จะได้ข้อสรุปเป็นที่ยุติ

ประการที่สอง หัวข้อการเจรจาในกรอบโดฮาที่กำลังดำเนินอยู่ส่วนใหญ่ มิได้เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของสหรัฐสักเท่าใดนัก ในทางตรงกันข้าม หากการเจรจาประเด็นต่างๆ ของรอบโดฮาสามารถกระทำได้เป็นผลสำเร็จ ก็จะทำให้สหรัฐต้องเสียประโยชน์มากมาย การเจรจากับประเทศต่างๆ แบบทวิภาคีและภูมิภาคนิยม จะเอื้อให้สหรัฐสามารถโน้มน้าวเปลี่ยนแปลงนโยบายและกฎหมายของประเทศคู่ค้าได้ง่าย และสะดวกกว่าการเจรจาแบบพหุภาคี ต่อไป และหลังจากประเทศต่างๆ ยอมรับข้อตกลงภายใต้กรอบของ การเจรจาการค้าระดับทวิภาคี ที่สหรัฐอเมริกาสอนแล้ว ย่อมมีความสะดวกในการที่จะนำกรอบของกฎหมายดังกล่าวมาแทนที่ระเบียบการค้าในระดับพหุภาคีต่อไปได้โดยง่าย

จากการชะงักงัน และปัญหาในการเจรจาภายใต้กรอบของ WTO ดังกล่าว ในขณะที่ภายในสหรัฐอเมริกา มีการ Lobby จากกลุ่มผลประโยชน์ในสหรัฐอเมริกา อีกทั้งรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ตลอดจนประเทศพัฒนาแล้วทั้งหลายเรียกร้องความตกลงที่กระทบต่อสิทธิมนุษยชน และการพัฒนาที่ยั่งยืน มากขึ้นเรื่อยๆ โดยมุ่งต่อการเปิดเสรีมากขึ้นทางด้าน การลงทุน การค้าบริการ และการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา ที่ประเทศเหล่านี้มีผลประโยชน์มากกว่า และ มีการต่อต้านจากประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลาย กดดันให้ สหรัฐอเมริกาหันมาใช้ยุทธวิธีในการเจรจาทำ FTA ในระดับทวิภาคีแทน และโดยอาศัยอำนาจการต่อรองที่สูงกว่า และอำนาจทางเศรษฐกิจที่สูงกว่ากดดันให้ประเทศต่างๆ ยอมตกลงทำ FTA ด้วย และระบาคไปในหลายกลุ่ม Cluster

การประสบความสำเร็จในการทำ FTA กับประเทศกำลังพัฒนาที่ค่อยๆ ขยายวงกว้างออกไปในภูมิภาคต่างๆ ทำให้สหรัฐอเมริกาใช้นโยบาย ชะงักงันที่จะเจรจาใน Trade negotiation round ภายใต้กรอบของ WTO มากขึ้น และหันมาสร้างแรงกดดันเพิ่มขึ้นให้ประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นคู่ค้าต่างต้องยอมทำ FTA ในระดับทวิภาคีมากขึ้นเรื่อยๆ เพราะประเทศต่างๆ กลัวการสูญเสียตลาดสหรัฐอเมริกาให้แก่ประเทศคู่แข่งอื่นๆ ในตลาดสหรัฐอเมริกาที่ยอมทำ FTAn กับ สหรัฐอเมริกา

ในท้ายที่สุดหากสหรัฐประสบความสำเร็จในการทำ FTA ไปทั่วโลกแล้วกรอบการค้าภายใต้ FTA จะค่อยๆ ถูกนำไปแทนที่ กรอบการค้า WTO ในที่สุดได้ไม่ยาก เนื่องจากหากชาติที่เคยต่อต้านกฎระเบียบเหล่านี้ พวกเขายอมรับกฎเกณฑ์ต่างๆ ตามคำเรียกร้องของสหรัฐอเมริกาแล้ว ก็ไม่อาจจะลุกขึ้นมาต่อต้านกฎระเบียบเหล่านั้นในระดับพหุภาคีอีกต่อไป ตลาดการค้าโลกที่ไม่มีพรมแดน ไม่มีอุปสรรคจากภาครัฐของประเทศต่างๆ อันเป็นที่พึงประสงค์ของนายทุน ย่อมนำมาสู่การมีอำนาจเหนือรัฐ และผลประโยชน์ที่ไร้พรมแดนของนายทุนยุคโลกาภิวัตน์

หากมองอย่างผิวเผินอาจจะเห็นว่าเป็นผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ แต่เมื่อศึกษาวิเคราะห์ลึกลงไปโดยเฉพาะในแง่ของกฎหมายแล้วจะพบเงื่อนไขที่ต้องระมัดระวังอย่างยิ่ง และต้องอาศัยปัญญาในการพิจารณา การมีวิสัยทัศน์ที่ยาวไกล และการเตรียมพร้อมอย่างรอบคอบ มิฉะนั้นโลกเศรษฐกิจทั้งโลก จะอยู่ภายใต้อำนาจของเครือข่ายบริษัทข้ามชาติของประเทศมหาอำนาจที่สามารถ Mobile ไปได้ทั่วโลก และ สร้างเครือข่ายอุตสาหกรรมในทุกภูมิภาค

โลกนี้ไม่เคยว่างเว้นจากอำนาจของประเทศมหาอำนาจ ตั้งแต่ยุคอาณานิคม การมีทาส และมาสมัยต่อไปเป็นยุคอาณานิคมทางเศรษฐกิจที่เลวร้ายไม่แพ้กัน หากจะนับไปแล้วประเทศทั่วโลกเพิ่งจะปลดแอกจากระบอบเจ้าอาณานิคม เป็นประเทศเอกราชมาได้ประมาณ 40 กว่าปีเท่านั้นเอง ประเทศกำลังพัฒนาเพิ่งจะได้ธำปไตยทางเศรษฐกิจมาไม่นาน แต่ประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้กำลังกระโจนไปสู่การเป็นอาณานิคมทางเศรษฐกิจอีกครั้งหนึ่งในยุคโลกาภิวัตน์ และด้วยนวัตกรรมทางเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าล้ำยุคของประเทศมหาอำนาจทำให้การผลาญทรัพยากรธรรมชาติเป็นไปอย่างรวดเร็ว แน่นอนว่าประเทศที่ด้อยกว่าย่อมเป็นเหยื่อของประเทศมหาอำนาจ ที่จะถูกใช้เป็นฐานการผลิต และมาผลาญการใช้ทรัพยากรอย่างรวดเร็วให้หมดสิ้นไป นำผลประโยชน์สู่ประเทศมหาอำนาจเหล่านั้น จากการเปิดเสรีที่ไม่มีอุปสรรคนี้เองทำให้ไม่มีกรอบของกฎหมายที่จะมาขัดขวางการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ

นอกจากนั้นการทำให้ประโยชน์จากการเป็นเจ้าของเทคโนโลยีภายใต้กฎหมายการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาทำให้ประเทศมหาอำนาจมีอำนาจเหนือการพัฒนา และตัดรอนศักยภาพของคนท้องถิ่นในการพัฒนา Appropriate technology ในระยะยาวต่อไป อีกทั้งภูมิปัญญาท้องถิ่น ตลอดจนทรัพยากรทางธรรมชาติอันเป็นทรัพย์สินทางชีวภาพที่มีคุณค่า อาจจะถูกปล้นไปโดยยุทธวิธีที่แยบยลภายใต้กรอบของ FTA นับเป็นการสูญเสียที่ยิ่งใหญ่ อีกทั้งก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมที่ยากจะเยียวยา หากการใช้มาตรการป้องกันสิ่งแวดล้อมต่อนักลงทุนต่างชาติถูกตีความว่าเป็นการยัดทรัพย์สินทางอ้อม และรัฐบาลถูกฟ้องร้องห้ามการใช้มาตรการดังกล่าวอีกต่อไป ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลายจึงเป็นเรื่องที่น่าเป็นห่วงโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภายใต้ FTA Thai-Us นั้นการผลาญทรัพยากรธรรมชาติไม่ถือว่าเป็นการทำลายสิ่งแวดล้อม

สิ่งที่น่าเป็นห่วงคือการสูญเสียพื้นที่ทางการเกษตรแก่การรุกรานทางการลงทุนทางอุตสาหกรรม หากไม่มีการวางแผนจัดผังเมืองและสงวนเขตการเกษตรไว้ไม่นานคนชาติก็จะมีที่ดินทำการเกษตรและอาจจะต้องนำเข้าสินค้าทางการเกษตรจากต่างประเทศมาบริโภคต่อไป หรือมีราคาแพงอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากรัฐบาลไทยยินยอมให้มีการอนุญาตให้ต่างชาติถือครอง หรือมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วยแล้ว ไม่ใช่เป็นสิ่งที่เป็นไปได้เลยที่ดินของชาติจะตกอยู่ในมือคนต่างชาติเป็นจำนวนมาก

การวิเคราะห์ข้อบท FTA ทางกฎหมายตามที่สหรัฐอเมริกาเสนอ

มาตรา 1. Scope and Coverage

ประเด็น บทนิยาม “Investor” และ “Covered investment” เป็นการกำหนดบทนิยาม คำว่า “นักลงทุน” และ “การลงทุน” เพื่อเป็นกรอบการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนที่กว้างขวางไร้ขอบเขต

เพราะ บทนิยามคำว่า การลงทุน และ นักลงทุน เกี่ยวข้องกับหลายสิ่ง หาก ใคร หรือ สิ่งใด อยู่ภายใต้บทนิยามนี้ก็จะได้รับประโยชน์จาก FTA ดังนั้น Portfolio Investment ก็เป็นการลงทุน นักลงทุน และการลงทุน ภายใต้ FTA จะได้รับการคุ้มครอง และสิทธิประโยชน์ภายใต้ FTA ได้แก่

16. สิทธิประโยชน์ทั้งหลายภายใต้ FTA ทั้งหมด
17. การเข้ามา และ ได้รับอนุมัติการลงทุน (Entry, admission and Establishment)
18. การคุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุน ได้รับ ความคุ้มครองจากการเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย การคุ้มครองจากการประกอบการ (Full Protection from expropriation) การได้รับการคุ้มครองภายใต้บทการคุ้มครองทั้งหลายเช่นเรื่องเวนคืนยึดทรัพย์ การชดเชย และ การได้รับดอกเบี้ยต่างๆ full protection and security
19. การได้รับสิทธิภายใต้การเวนคืนยึดทรัพย์ทั้งทางตรงและทางอ้อม taking of property จากการบังคับใช้กฎหมายของไทย และการป้องกันการถูกทำลายโดย การจลาจล และ การใช้กำลัง
20. การได้รับสิทธิประโยชน์ และ สิ่งจูงใจในการลงทุน (Entitle to incentives) การได้รับสิ่งจูงใจในการลงทุน ทั้ง Tax incentives and non-tax incentives
21. การส่งผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศได้โดยเสรีหากเป็นผลได้จากการลงทุน (Entitle to freely fund transfer) ไทยอาจประสบภาวะวิกฤติทางการเงิน
22. การนำข้อพิพาทสู่กระบวนการอนุญาโตตุลาการ (dispute settlement) นักลงทุนฟ้องรัฐได้
23. อัตราส่วนการถือครองหุ้น (Equity ratio) อาจจะเป็น 100 % หรือได้สิทธิ Cumulative Equity Ratio ภายใต้ อาเซียนตามหลัก MFN
24. การได้รับการ(ประติบัติ)ปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ และ/หรือ ชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment ในทุกกรณีภายใต้ FTA ทั้งในระยะก่อน และ หลังการเข้ามาลงทุน (Pre- Post Establishment)
25. การได้รับประโยชน์จากข้อบทเรื่องผู้บริหาร จัดการ (Management, Director)ที่เป็นคนต่างชาติได้ 100% ไม่ต้องเป็นคนไทยในคณะกรรมการบริหาร
26. เหตุที่นักลงทุนต่างชาติสามารถโอนเงินออกนอกประเทศโดยไม่จำกัด หรือตกอยู่ภายใต้กรอบมาตรการทางการเงิน Freely funds transfer ข้อนี้ทำให้ยากแก่การควบคุมการส่งเงินออกนอกประเทศโดยเฉพาะไม่สามารถมี Short-Term Capital Control ซึ่งอันตรายอย่างยิ่ง ไทยเคยหายนะกับเรื่องนี้มาแล้วตอน Financial Crisis
27. การได้รับสิทธิประโยชน์จากกระบวนการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ ในกรอบของ State-Investor dispute settlement นักลงทุนต่างชาติฟ้องรัฐได้
28. การได้รับผลประโยชน์ตามความตกลงภายใต้สนธิสัญญาอื่นๆที่ไทยทำไว้ทั้งระบบทวิภาคี และพหุภาคีเช่นสิทธิประโยชน์ภายใต้ ASEAN
29. การได้รับประโยชน์ตามกฎหมาย และมาตรการการลงทุนอื่นๆ หรือสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องเช่น การส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว และตามหลักการ NT/MFN
30. การได้สิทธิในการลงทุน หรือ ควบคุม การลงทุนทางอ้อม (Indirect Own or Control Investment)

แม้ไทยเสนอเฉพาะ “Direct investment” ก็จริงซึ่งถูก Circumvent ได้ไม่ยากนัก

Definition ใน investment chapter ซึ่งขึ้นอยู่กับคำนิยามของคำว่า Investor และ Investment ใน General Definition Clause ด้วย แต่ใน Investment Chapter ไทยได้ยอมรับว่า Investment หมายถึง “Investment means every asset that an investor owns or controls, directly or indirectly, that has the characteristics of an investment including such characteristics as the commitment of capital or other resources, the expectation of gain or profit, or the assumption of risk. From that an investment may take include:

- (i) an enterprise
- (j) shares, stock, and other forms of equity participation in an enterprise
- (k) bonds, debentures, other debt instruments and loans;
- (l) future, options, and other derivatives;
- (m) Turnkey, construction, management, production, concession, revenue-sharing, and other similar contracts;
- (n) Intellectual property rights;
- (o) Licenses authorization, permits and similar rights conferred pursuant to domestic law; and
- (p) Other tangible or intangible, movable or immovable property, and related property rights, such as leases, mortgages, liens, and pledges;

เดิมทีถ้อยคำที่ใช้ใน Bilateral Investment Treaty (BIT) ปกติจะนิยาม Investment ว่า “investment brought into, derived from or directly connected with investments brought into the territory of any Contracting Party by nationals or companies of any Contracting Party and which are specifically approved in writing and registered by the host country”

และเดิมทีนั้นการอนุมัติการลงทุนเป็นอำนาจของรัฐเจ้าบ้าน (Host country) ในสนธิสัญญาจะระบุไว้อย่างชัดเจนว่า “Each Contracting Party will endeavor to admit in its territory, in accordance with its legislation, the investment of capital by nationals or companies of the other Contracting Party.....” “Investment owned by, or under the management or effective control by nationals or companies of each Contracting Party.....” แต่ต่อไปไทยต้องให้สิทธิการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในระดับ Pre-establishment แก่นักลงทุนอเมริกัน

2. มาตรา 2 Relation to other chapters

ถึงแม้จะมีถ้อยคำที่ดีที่ว่า 1. In the event of any inconsistency between this chapter and another chapter, the other chapter shall prevail to the extent of this inconsistency. ก็ตาม แต่โอกาสที่ chapter ต่อ chapter จะขัดกัน per se นั้นยาก สิ่งที่จะขัดกันมักเป็นประเด็นภายใน chapter เอง เช่นการลงทุนที่ถูกกฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อมสิ่งห้ามนั้น จะถูกหยิบมาพิจารณาใน chapter การลงทุนมิใช่ chapter สิ่งแวดล้อม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จะถือว่าเป็น indirect expropriation หรือไม่นั้นจะพิจารณาเป็นกรณีไป ไม่ได้อยู่ในขอบสิ่งแวดล้อมแต่ประการใด และจะโยงมาที่ dispute settlement โดยกลไกอนุญาโตตุลาการเพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับปัญหาการลงทุนว่าจะกระทำได้หรือไม่ ส่วนกรณีที่ขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมก็เป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อม กล่าวคือเพราะขัดต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงลงทุนต่อไป หรือดำเนินธุรกิจต่อไปไม่ได้

2. มาตรการและข้อบทในข้อบทการลงทุนไม่นำไปปรับใช้กับการนำพันธบัตร หรือหลักทรัพย์ใดๆที่จะต้องนำมาวางเป็นประกันในการให้บริการ ค้ำประกัน

มาตรา 3. National Treatment

มาตรา 3.1, 3.2 ให้นำ National treatment มาปรับใช้ในชั้น pre-establishment ทำให้นักลงทุนและการลงทุน ไทยและสหรัฐมีฐานะที่เท่าเทียมกัน โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการคัดสรรนักลงทุน และการลงทุน ตลอดจนมาตรการทางการลงทุนอื่นใด (TRIMS) ไม่อาจจะนำมาเป็นเงื่อนไขในการรับการลงทุน หรือเงื่อนไขในการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหลายท่านอาจจะเห็นว่า TRIMS ก็เหมือนกับที่กำหนด ใน FTA นั้นแท้จริงแล้ว FTA ก้าวล่วงไปกว่านั้นมาก TRIMS-Plus โดยผ่านกลไกของ Negative Approach เพราะไม่ว่า TRIMS จะนำมาใช้ไม่ได้ก็ตามแต่อ่านาจอธิปไตยของรัฐด้าน Core Sovereignty ไม่ได้ถูกระทบ แต่ FTA จะก้าวล่วงเข้ามาถึง Core Sovereignty ด้วยถ้าไทยไปตกลงผูกพันตามนั้น

มาตรา 3.3 ให้ไทยให้ National Treatment แก่นักลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้กับคนชาติที่ลงทุนแม้ในระดับท้องถิ่น สหรัฐได้บทเรียนมาจากจีน conflict of law ระดับภายในชาติ

มาตรา 4 Most-Favored-Nation Treatment

มาตรา 4.1, 4.2 ให้ไทยต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งแก่นักลงทุนและการลงทุนสหรัฐเช่นเดียวกับที่ให้แก่ชาติชาติอื่นๆ ซึ่งย่อมรวมทั้งที่ไทยได้ให้แก่ นักลงทุนและการลงทุนอื่นๆภายใต้ความตกลงระดับภูมิภาคใดๆ หรือ ระดับทวีปใด ๆ เช่น ภายใต้ความร่วมมือ อาเซียน ตามโครงการ AIA, AFAS, เป็นต้น เท่ากับสหรัฐต้องการ ASEAN-Plus อีกด้วย

ไทยได้สงวนที่จะไม่ให้ความผูกพันในระดับภูมิภาคอยู่ภายใต้มาตรา 4 แต่ต้องดูต่อไปว่าในท้ายที่สุด อเมริกายอมตามหรือเปล่า และคาดหมายได้ว่าไม่ยอม

มาตรา 5 Minimum Standard of Treatment ให้นำกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศมาปรับใช้ ซึ่งกว้างขวาง และส่วนใหญ่วิวัฒนาการจากโลกตะวันตกและประเทศที่พัฒนาแล้ว หรืออีกนัยหนึ่งไปยกเลิก A New International Economic Order ในช่วง De-colonization ที่เคารพอธิปไตยของรัฐ

เหนือทรัพยากรธรรมชาติ และสิทธิของคนชาติทางด้านเศรษฐกิจ สหรัฐเรียกร้องการคุ้มครองอย่างเต็มที่ “Fair and Equitable treatment”, Full protection and security” “Do not deny justice...process embodied in the principal legal system of the world” “...to provide the level of police protection required under custom international law” และการปฏิบัติที่ดีกว่าที่สุทธระหว่าง NT, MFN, Minimum standard

มาตรา 5.3 หากสหรัฐปฏิบัติผิดในข้อใด ๆ หรือพันธะภายใต้ความตกลงใด ๆ (ที่สหรัฐมิได้เป็นภาคีด้วย) ไม่ถือว่าสหรัฐปฏิบัติผิดพันธะกิจภายใต้สนธิสัญญานี้

สรุป คือ ไทยให้สิทธิใดๆที่ดีกว่า มีประโยชน์กว่าต้องให้สหรัฐด้วย ส่วนข้อพันธะใดๆที่สหรัฐไม่ต้องการผูกพันด้วยโดยไม่ได้เป็นภาคี ไทยจะไปบังคับให้ต้องปฏิบัติตามไม่ได้ รับแต่สิ่งดีๆต้องการได้แต่สิทธิ แต่ปฏิเสธหน้าที่

ข้อ 4. ไทยต้องรับผิดชอบในความสูญหาย เสียหายใดๆ แม้เกิดขึ้นเพราะการใช้กำลัง สงครามกลางเมือง เหตุจลาจลใด ดังนั้นหากในอนาคตเกิดคนไทยถูกฮือขึ้นมาทำลายโรงงาน การลงทุน การเดินประท้วง ทำลายทรัพย์สินใดๆ เกิดเหตุจลาจลไม่ว่าไทยจะใช้ความสามารถอย่างเต็มที่ในการเข้าควบคุมดูแล ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ (State Responsibility) แล้วก็ตามรัฐบาลไทยก็ต้องรับผิดชอบเสมอ เหตุสุดวิสัยไม่เป็นข้อยกเว้นหากไทยยอมตกลงรับ ข้อผูกพันตาม FTA

กรณีที่น่าเป็นห่วงอย่างมาก คือ กรณีที่รัฐวิสาหกิจ สาธารณูปโภคทั้งหลายที่จะแปรรูปเป็นของเอกชนแต่ต่อมาเมื่อมีการเปิดเสรี ย่อมมีโอกาสอย่างมากที่จะตกอยู่ในกำมือของนักลงทุนต่างชาติ ที่เหนือกว่าด้วยทุน และเทคโนโลยี ไม่ว่าจะเป็น ไฟฟ้า ประปา รถไฟ โทรศัพท์ แหล่งน้ำ ซึ่งจำแนกเป็น แหล่งน้ำธรรมชาติ ประปา และ แหล่งน้ำในระบบชลประทาน เขื่อน

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจนั้นในต่างประเทศทำกันเป็นปกติก็จริง ไม่ใช่เรื่องแปลก แต่ถ้าประเทศไทยทำนั้นแตกต่างจากต่างประเทศอย่างมาก เพราะเหตุผลดังต่อไปนี้

รัฐวิสาหกิจเหล่านี้เป็นบริการสาธารณะ ที่มีการลงทุนสูง โดยธรรมชาติเป็นการลงทุนในตลาด Oligopolistic Market หรือบางประเทศเป็น Natural Monopoly ตลาดเช่นนี้โดยธรรมชาติมีการแข่งขันได้น้อยราย โอกาสที่กิจการตกเป็นของต่างชาติมีมากกว่าจะตกอยู่ในมือคนไทย ในต่างประเทศการแปรรูปรัฐวิสาหกิจยังอยู่ในมือนักธุรกิจคนชาติ เงินยังคงหมุนเวียนอยู่ในประเทศ หรือเป็นผลประโยชน์ของชาติ แต่หากรัฐวิสาหกิจของไทยแปรรูปแล้ว ไปตกอยู่ในมือต่างชาติ ผลกำไรที่ผู้ประกอบการทำได้ ย่อมถูกนำส่งออกนอกประเทศ และ การทำธุรกิจคือการ Maximise Profit เงินทุนต่างๆที่ลงทุนก็ต้องถอนทุนคืนพร้อมกำไร ส่งออกนอกประเทศหมด ตามพันธะภายใต้ FTA เรื่อง Freely fund transfer

ในปัจจุบันพลังงานทดแทนยังไม่ได้พัฒนาไปมากนัก การขาดแคลนพลังงาน ทำให้โอกาสที่ต่างชาติซึ่งได้กิจการเหล่านี้ไป ย่อมอาจจะนำเอาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มาใช้โดยไม่ต้องสงสัย ซึ่งการลงทุนชนิดนี้สูงมากหากคนไทย ไม่ปรารถนาโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เกิดการต่อต้าน รัฐบาลก็ต้องรับผิดชอบในทุกกรณี หากต้องยอมให้สร้าง ประเทศไทยก็เสี่ยงกับ โศกนาฏกรรมเช่นโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เชอโนบิลในรัสเซีย ที่เทคโนโลยีสูงมากแล้วยังพลาดได้คนตายจำนวนมากมายาบาดเจ็บและเป็นมะเร็งจำนวนมากมหาศาล เหมือนโดนระเบิดปรมาณู หากไม่ยอมให้สร้างรัฐบาลก็ต้องชดใช้ทรัพย์สิน พร้อมดอกเบี้ยมากมายมหาศาล ที่คนไทยทุกคนต้องแบกรับภายใต้ข้อตกลงเรื่องการชดเชย

การเวนคืน ยึดทรัพย์ทั้งทางตรง และ ทางอ้อมรัฐบาลไม่อาจควบคุม หรือกำหนดราคาค่าบริการได้ ผู้บริโภคจะต้องแบกรับค่าใช้จ่ายสูงมาก คนยากจนจะลำบาก

การแข่งขันที่จะสัมฤทธิ์ผลตามวัตถุประสงค์ การได้ประโยชน์จาก Comparative Advantages และจาก Economy of Scale ได้จริง ๆ นั้น Competitor ต้องมีศักยภาพพอ ๆ กัน หาก คู่แข่งคนหนึ่งเป็น Champion อีกคนเป็นเด็กฝึกการขาดอาหาร ย่อมไม่มีโอกาสแข่งขันได้ในทุกกรณี ที่สำคัญไม่มีโอกาสได้แข่งด้วยเพราะถูกตัดโอกาสในการพัฒนาในระยะยาวด้วย

คำว่าประโยชน์ทางเศรษฐกิจนั้นบทนิยามเป็นสิ่งสำคัญ มีแต่เงิน และวัตถุ แต่ขาดคุณภาพชีวิต จิตใจหยาบช้า สังคมตกต่ำ ช่องว่างระหว่างคนจนและคนรวยสูงเกินไป ชีวิตคนจำนวนหนึ่งไม่มีสภาพเป็นมนุษย์ เงินของคนรวยก็ไม่สามารถจะเยียวยาสังคมได้

การอยู่อย่างสมณะ พอเพียงตามแนวพระราชดำริ รักษาแผ่นดินไทยไว้ให้ลูกหลานได้อยู่อย่างมีความผาสุกนาน ๆ รักษาทรัพยากรธรรมชาติ และภูมิปัญญาไทยเอาไว้ให้ยั่งยืน พัฒนาคอนไทยให้มีปัญญามาก แนวทางการพัฒนาแบบยั่งยืน Sustainable Development เป็นสิ่งที่เหมาะกับคนไทย ไม่ต้องโตให้เร็วหรือหวือหวา แต่ว่าข้างในกลวง แม้แต่แผ่นดินก็ไม่อาจจะรักษาไว้ให้คนไทยอยู่ ข้าว และ สินค้าเกษตรก็ต้องนำเข้า สภาวะเช่นนี้ อย่างนี้จะสุขหรือ อีกประการหนึ่งการเติบโตทางเศรษฐกิจที่คาดหวังนั้น ย่อมพัฒนามาพร้อมกับค่าครองชีพที่สูงขึ้นตามไปด้วย รายได้ที่เพิ่มมากขึ้นไม่เพียงพอต่อระดับค่าครองชีพที่สูงกว่าตามมา ดังเห็นได้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว อาจจะทำให้ชีวิตความเป็นอยู่ของคนไทย แย่ลงกว่าเดิม

สหรัฐอเมริกาไม่เปิดเสรีเรื่อง Labor Movement คนไทยไปอเมริกาไม่ได้นอกจากการลงทุน ซึ่งโอกาสน้อยกว่ามากนัก One way Investment- One way preferential treatment แต่คนไทยเกิดและตายบนแผ่นดินไทย ไม่อาจจะหนีไปไหน ในขณะที่ นักลงทุนอเมริกาซึ่ง ผลาญทรัพยากรธรรมชาติไปหมดแล้วเหลือแผ่นดินที่ว่างเปล่าไว้เบี่ยงหลังให้คนไทย กับสภาพมลพิษ มลภาวะ สิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ทรัพยากรธรรมชาติถูกใช้สิ้นเปลืองหมดไป และภายใต้ Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal ก็มีหลักการให้ประเทศที่เป็นแหล่งผลิตสินค้าต้องรับซากสินค้ากลับคืนไป การเข้ามาลงทุนอุตสาหกรรมที่มีพันธะต้องรับซากสินค้ากลับคืนมาทำให้แผ่นดินไทยเป็นที่รองรับซากขยะสินค้าจากทั่วโลกที่ ส่งออกจากประเทศไทย

ข้อ 5. กำหนดให้ฝ่ายไทยต้องรับผิดชอบทุกประการในการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่ว่าจะโดยการบังคับ หรือโดยอำนาจตามกฎหมายก็แล้วแต่ (5(a), 5 (b) ไทยต้องให้การชดเชยอย่างเดียวกับการชดเชยค่าเสียหายจากการยึดทรัพย์ ตามหลัก Prompt, adequate, and effective ว่าด้วยการยึดทรัพย์

หากไทยไม่คุ้มครอง หรือคุ้มครองบกพร่อง ไม่มีประสิทธิภาพ เรื่องทรัพย์สินทางปัญญาในทุกกรณีไทยก็ต้องรับผิดชอบ หากไทยไม่ดูแลเรื่องโรงงานไทยปฏิบัติตามกฎหมาย ไทยก็ต้องรับผิดชอบ และอาจจะต้องชดเชยแบบเดียวกับการเวนคืน ยึดทรัพย์

ข้อ 6. Expropriation and Compensation

จะไม่มีมียึดทรัพย์สินทั้งทางตรงและทางอ้อม เว้นแต่ เพื่อประโยชน์สาธารณะไม่เลือกปฏิบัติมีการชดเชยอย่างเต็มที่ และเป็นไปตามกระบวนการที่ขอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 5.1-5.3 มาตรา 6.2.b

ส่วนการชดเชยต้องกระทำโดยทันทีไม่ล่าช้า ก่อนการยึดทรัพย์สิน หรือเวนคืนจะได้กระทำขึ้น (before the expropriation took place) ในวันที่ยึดทรัพย์สิน ในราคาตลาดตามมูลค่าของทรัพย์สินที่ถูกยึดนั้น ไม่มีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าใดๆ และการชดเชยต้องสามารถนำเงินส่งออกนอกประเทศได้โดยเสรี ต้องสามารถแลกเปลี่ยนเป็นสกุลเงินที่แลกเปลี่ยนได้ด้วย และต้องชดเชยพร้อมดอกเบี้ยในอัตราที่เหมาะสมตามทางการพาณิชย์ ซึ่งไม่ได้ระบุไว้ ใครจะกำหนด เอาอะไรเป็นเกณฑ์กำหนด ตั้งแต่วันที่เวนคืน ยึดทรัพย์สิน จนถึงวันที่ได้ชดเชยจนเรียบร้อย (ในข้อนี้ฝ่ายเจรจาได้ชี้แจงว่า ความกำกวมในการตกลงได้ยินยอม ว่าเป็นการคำนวนค่าชดเชยเท่านั้น แต่ยังไม่ได้มีการชดเชยตัวเงินจริงๆ จึงไม่ยืนยันข้อเท็จจริงส่วนนี้ ว่าสหรัฐยอมจริงหรือไม่)

ปัญหาเกี่ยวเนื่องของผลในมาตรานี้คือ กรณีที่มีการตีความว่า การที่นักลงทุน และการลงทุนสหรัฐถูกยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้น หากได้กระทำไปแล้ว ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับในมาตรานี้ ไทยย่อมต้องเสียดอกเบี้ยนับตั้งแต่วันที่ถูกต้องตีความว่ายึดทรัพย์สินทางอ้อม ฉะนั้นนอกจากไทยจะต้องรับผิดชอบใช้ คืบทรัพย์สินตามหลักการเวนคืน ยึดทรัพย์สินแล้ว ยังต้องโดนเรียกร้องให้ชำระดอกเบี้ยด้วยโดยอัตโนมัติ เท่ากับการเวนคืน ยึดทรัพย์สินทางอ้อมนั้นจะโดนเรียกเก็บดอกเบี้ยเสมอ ได้มีการเจรจายกเว้นตรงนี้หรือไม่?

มาตรา 7 Fund Transfers

การโอนเงิน หรือผลประโยชน์ใดๆออกนอกประเทศสามารถกระทำได้โดยเสรี และไม่ถูกจำกัด และให้ใช้อัตราแลกเปลี่ยนเงินตามอัตราท้องตลาดในเวลาทำการโอนปัญหาที่เชื่อมโยง คือ ประเด็นเรื่อง อะไรคือการลงทุน เพราะผลของกำไรจากการลงทุนโอนได้ทุกชนิด จึงต้องทราบว่า การลงทุนกว้างขวางแค่ไหน ผลประโยชน์จากการลงทุนก็กว้างขวางแค่นั้น การโอนเงินจึงสามารถกระทำได้โดยไม่จำกัดหากการลงทุนถูกนิยามไว้ไม่จำกัด

มาตรา 8 Performance requirements

มาตรการทางการลงทุนที่ถูกกำหนดห้ามภายใต้มาตรา 8 นี้กว้างกว่า TRIMS และที่จริงแล้ว TRIMS เพียงแต่ยกตัวอย่างของ TRIMS เท่านั้นและอยู่ภายใต้สิทธิในการเสนอขอเจรจาได้หลังจากผ่านช่วงเปลี่ยนผ่าน และ TRIMS นั้นห้ามเฉพาะที่รัฐเจ้าบ้านกำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเพื่อรับการลงทุน หรือส่งเสริมการลงทุน แต่ตาม FTA นั้น ไม่ว่าจะกำหนดเป็นเงื่อนไข (มาตรา 8.2) หรือ แม้ไม่ได้กำหนดเป็นเงื่อนไขการรับการลงทุน (มาตรา 8.1) ก็กระทำไม่ได้ โดยเหตุนี้ประโยชน์ที่ควรจะได้จากการลงทุนแก่ประเทศเจ้าบ้านเช่น การถ่ายโอนเทคโนโลยี การพัฒนาวิทยาการ การบริหารการจัดการ การตลาดหรือมาตรการอื่นๆที่ไทยเคยใช้เพื่อส่งเสริมการลงทุนจึงไม่เป็นประโยชน์อีกต่อไป

ยิ่งกว่านั้นที่เคยคิดว่าการลงทุนเป็นการดึงเม็ดเงินเข้าประเทศนั้นก็ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะทุกบาททุกสตางค์ที่นำเข้ามาในประเทศนั้น ในที่สุดจะถูกส่งออกไปทั้งหมดพร้อมกับกำไรที่มากกว่าก็ได้ จะ

ไม่เหลืออะไรสำหรับแผ่นดิน และคนไทย ทุนหมุนเวียนที่คงเหลือในประเทศก็เป็นไปเพื่อการดำเนินการธุรกิจที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของเจ้าของบริษัท (To maximize profit)

แม้จะปรากฏในวรรค 3 (a) ว่าไม่เป็นข้อห้ามที่จะกำหนดมาตรการบางประการเพื่อกำหนดที่ทำการผลิต ให้บริการ ฝึกหัดคน พนักงาน จ้างงาน ก่อสร้าง ติดตั้งอุปกรณ์ วัสดุ เครื่องมือ หรือเพื่อการวิจัยและพัฒนา ก็ตาม แต่ก็เพื่อประโยชน์โดยส่วนเดียวภายในการดำเนินการของผู้ประกอบการภายในองค์กรเท่านั้นมิใช่เพื่อประโยชน์ของสังคมไทยโดยรวม รวมทั้งข้อ 3(b) ไม่ให้นวรรค 1 (b) มาปรับใช้ในการถ่ายโอนเทคโนโลยี ขบวนการผลิต หรือความรู้อื่นใดแก่บุคคลในประเทศเจ้าบ้านก็ตาม ก็เป็นเพียงผลประโยชน์ขององค์กรธุรกิจโดยตรงเท่านั้น

มาตรา 8.3 (c) นั้นอนุญาตให้กำหนดมาตรการทางด้านสิ่งแวดล้อม adopting or maintaining measures, including environmental measures” ก็จริงแต่ไม่ได้กล่าวถึงการบังคับตามมาตรการทางสิ่งแวดล้อมด้วย ยิ่งกว่านั้นข้อบทการลงทุนกำหนดไว้ชัดเจนว่ามาตรการดังกล่าวต้องไม่ขัดกับความตกลง FTA นี้ “law and regulations that are not inconsistent with this Agreement” จะเห็นได้ว่านักลงทุนกับปัญหาสิ่งแวดล้อมย่อมตกอยู่ภายใต้ข้อบทการลงทุนหากกระทำการลงทุนและเกิดเป็นข้อพิพาทขึ้น ตามมาตรา 5.5 (a), (b) ประกอบมาตรา 4 (a) Annex B.

มาตรา 9 Senior Management and Boards of Directors

สนธิสัญญากำหนดห้ามที่จะมีข้อจำกัดในเรื่องสัญชาติของผู้บริหารที่ไทยเคยกำหนดไว้เพื่ออำนาจในการควบคุม บริหาร และ ดูแลองค์กรธุรกิจ จึงกล่าวได้ว่าไทยไม่มีโอกาสเป็นเจ้าของบริษัทต่างชาติ เพราะไทยไม่สามารถกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้นในบริษัท Limitation of Equity Ratio อีกต่อไป ต่างชาติสามารถเป็นผู้ถือครองหุ้นได้ 100% และไม่มีโอกาสเป็นคณะกรรมการบริหารของบริษัทที่ไทยเคยทำได้

มีผู้โต้แย้งว่าไทยเราก็ได้เคยให้สิทธิในการถือครองหุ้น 100% มาแล้วไม่มีอะไรต้องกังวลนั้นเป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจว่าโดยหลักกฎหมายทั่วไปเรามีข้อจำกัดในเรื่องการถือครองหุ้นไม่เกินอัตราส่วนข้างมาก 49: 51 มาโดยตลอดจนกระทั่งการมีมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่อนุญาตให้ต่างชาติถือครองได้มากกว่าอัตราที่กำหนด ได้ถึง 100% แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องของการส่งเสริมการลงทุน มีเงื่อนไขต่างๆมากมายเช่น ข้อกำหนดในเรื่อง Local content requirement, Export, Allocation of investment, etc. และอีกกรณีคือภายใต้ Hanoi Plan ของความร่วมมืออาเซียน และ Short Measures เพื่อกระตุ้นการลงทุน หลังวิกฤตทางการเงินที่ผ่านมา นั้น อย่างไรก็ตามกฎหมายเหล่านั้นล้วนแต่เป็นมาตรการชั่วคราว และมาตรการเฉพาะ ซึ่งจะยกเลิกเมื่อไหร่ก็ได้ ไม่เป็นกฎหมายที่ออกมาถาวร ส่วนผลของFTA นั้นจะทำให้ไทยต้องออกกฎหมายมาอนุวัติการตามข้อผูกพันในสนธิสัญญา

แม้จะมีข้อโต้แย้งว่าถึงแม้มีกฎหมายกำหนดอัตราส่วนการถือครองหุ้น 49-51 % ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้ในหลายรูปแบบ เช่น การถือหุ้นในระบบ โนมินีก็จริงแต่สิ่งเหล่านั้นย่อมเป็นการกระทำผิดเจตนารมณ์ของกฎหมาย หรืออีกนัยหนึ่งกระทำผิดกฎหมาย หากมีการตรวจสอบและพบ ย่อมเป็นการกระทำผิด อย่างน้อยบุคคลที่มีคุณธรรม จริยธรรมย่อมมีหิริโอตตัปปะ เกรง

กลัวไม่กล้ากระทำ หรือหากใจหายบกล้ากระทำก็ต้องคอยหวาดกลัวว่าจะถูกตรวจพบการกระทำผิดกฎหมายนั้นๆ จึงไม่เหมือนกันอย่างแน่นอน

แม้ว่ามาตรา 9.2 จะอนุญาตให้กระทำได้แต่ตอกอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่ว่าต้องไม่ทำให้อำนาจการบริหารจัดการเหนือการลงทุนต้องสูญเสีย หรือด้อยลงไป จึงเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติย่อมยากที่จะปฏิบัติตามได้ยิ่งโอกาสที่นักลงทุนเป็นเจ้าของทั้งหมด ย่อมไม่มีโอกาสที่คนไทยจะเข้าไปก้าวไปได้

มาตรา 10 Investment and Environment

ถึงแม้ถ้อยคำในข้อบทดังกล่าวจะอ่านแล้วดูดีก็ตามแต่ต้องตอกอยู่ภายใต้บริบทที่ว่า “Measure otherwise consistent with this Chapter”

มาตรา 12 Non-Conforming measures

3. หลังจากสนธิสัญญามีผลบังคับแล้วรัฐภาคีจะไม่ใช้มาตรการในการให้นักลงทุนขาย หรือจำหน่ายจ่ายโอน ถอนการลงทุน ด้วยเหตุผลที่เกี่ยวกับสัญชาติของนักลงทุน

มาตรา 14 การยุติข้อพิพาทซึ่งให้สิทธินักลงทุนในการฟ้องร้องรัฐได้โดยตรง

ทำให้รัฐบาลไทยมีโอกาสถูกฟ้องเป็นหมิ่น เป็นพันล้านได้ง่าย เช่นที่เกิดขึ้นใน เม็กซิโก แคนาดา หรือ รัฐอาจจะหาทางออกโดยยอมแพ้เพื่อแลกกับการที่จะไม่ต้องถูกฟ้องโดยเอกชน ยอมไม่ออกกฎหมายหรือระเบียบปฏิบัติที่เป็นการปกป้องคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือคนชาติ หรือยอมยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่แล้ว เช่นนี้อำนาจอธิปไตยทางนิติบัญญัติก็ถูกกระทบไปด้วย

ข้อที่น่าสังเกตคือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิมากกว่านักลงทุนไทยในการฟ้องร้องรัฐได้เนื่องจากเป็นสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ ภายใต้ข้อกำหนดในเรื่องการคุ้มครองนักลงทุน และการลงทุนต่างด้าว จริงอยู่ที่สนธิสัญญาย่อมบังคับสองฝ่าย แต่ในความเป็นจริง ฝ่ายไทยมีโอกาสน้อยกว่าในการได้ประโยชน์จากข้อนี้ หากไทยลงทุนในสหรัฐไม่มากเท่าสหรัฐมาลงทุนในไทย อีกทั้งอำนาจและความรู้ที่แตกต่างกันในการใช้ประโยชน์จากสนธิสัญญา

ข้อ 5. คำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการถือเป็นที่สุดและผูกพันรัฐภาคี และรัฐภาคีต้องปฏิบัติตามคำชี้ขาดโดยพลัน และในข้อ 6 รัฐภาคีจะไม่เรียกร้องหักกลับกับเงินที่จะได้รับจากการชดเชย

มาตรา 15

การนำข้อพิพาทสู่การอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทเกี่ยวกับการผิดสัญญาในพันธกรณีภายใต้สนธิสัญญา ผิดสัญญาการลงทุน หรือผิดหน้าที่ของหน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการลงทุน ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับการลงทุน และนักลงทุนไม่ว่ากรณีใดๆ ไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อม

รับรองกฎ ระเบียบของ UNCITRAL, ICSID, New York Convention, การบังคับการให้เป็นไปตามคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการ ศาลไทยต้อง enforce arbitration award ให้โดยไม่ต้องพิจารณาคดีซ้ำ โดยเหตุที่

Arbitration Award นั้นไม่มีผลบังคับทางกฎหมายในตัวเองเป็น Pacta Sunt Servanda การไม่ปฏิบัติตาม Arbitration Award จึงเป็นเพียงการผิดสัญญาเท่านั้น ดังนั้น FTA จึงเรียกร้องให้ศาลไทยบังคับการตาม Arbitration Award ให้อยู่โดยพลัน

มาตรา 16 Consent of each party to arbitration

โดยเหตุที่อนุญาโตตุลาการ จะต้องได้รับการยินยอมจากคู่ภาคีจึงต้องให้รัฐภาคีให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร และให้เป็นไปตามบทบัญญัติ ICSID เรื่องเขตอำนาจเหนือการชี้ขาดข้อพิพาท รวมทั้งให้บังคับการตาม New York Convention ด้วย

มาตรา 21 Governing Law

ให้ใช้กฎหมายระหว่างประเทศ, กฎหมายที่คู่ภาคีตกลง, ที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือถ้าไม่ได้ตกลงไว้ให้ใช้กฎหมายขัดกันของกฎหมายระหว่างประเทศ การตีความภายใต้ข้อบทเกี่ยวกับการยุติข้อพิพาทให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการร่วม และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการจะต้องสอดคล้องกับความเห็น หรือการตีความของคณะกรรมการ และหากคณะกรรมการไม่ให้คำตัดสิน ให้อำนาจตกเป็นของอนุญาโตตุลาการ

มาตรา 25 ข้อ 10 ให้ถือว่าข้อพิพาทที่เสนอต่ออนุญาโตตุลาการตามสนธิสัญญานี้ให้ถือว่าเป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นทางการค้า พาณิชยกรรม ทั้งนี้ตามวัตถุประสงค์แห่งมาตรา 1 ของ New York Convention

“A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purpose of Article I of New York Convention”

มาตรา 29 แม้จะมีมาตรการจำกัดการส่งออกเงินเมื่อมีภาวะเสียดุลทางการเงินก็ตามแต่กลับตกอยู่ภายใต้มาตรการของ IMF จะต้องคำนึงถึงเศรษฐกิจ และความเสียหายทางเศรษฐกิจของอีกฝ่ายหนึ่ง

Annex A Customary International Law นิยามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นที่ยอมรับของประชาคมโลก โดยเฉพาะการคุ้มครองนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายระหว่างประเทศ

ไม่มีโอกาสได้เห็น หรือศึกษา Annex ต่างๆ ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญยิ่ง

ไม่มีโอกาสเห็น General definition, Entry into force, consent to be bound by State

Expropriation Annex B

4. (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by- case, fact-based inquiry that considers, among other factors:

- (i) the economic impact of the government action,
- (iii) the character of the government action

ไม่มีโอกาสเห็นสนธิสัญญาทั้งฉบับนั้นเสี่ยงมากเพราะต้องอ่านทั้งฉบับ ไม่ทราบว่ามีข้อบกพร่องที่อาจจะกระทบข้อบ่งชี้ เช่น นักลงทุนอาจจะได้ Double wind fall benefit จากการส่งเสริมการลงทุน เช่น การยกเว้นภาษี และขณะเดียวกันก็ได้รับสิทธิประโยชน์ตาม FTA ด้วย หรือประเด็นการลงทุนกับเรื่องวิ่ง แวดล้อม เป็นต้น

ปัญหาด้านภาษีอากร ไทยได้ทำข้อสงวนเรื่องกฎหมายภาษีอากรไว้รัดกุมเพียงใดมิฉะนั้นการลงทุนที่ควรจะต้องให้ภาษีอยู่ในอำนาจอธิปไตยของไทยจะตกอยู่ภายใต้การขโมยเงินออกนอกประเทศ และไม่ต้องเสียภาษี ทั้งจากผลของ Tax Planning, Tax Avoidance, Tax Haven, Conduit Company etc. รายได้ของชาติคือภาษีอากรหารัฐบาลไม่ได้เก็บภาษีเต็มเม็ดเต็มหน่วย ชาติก็ไม่เหลืออะไร และไม่มีงบประมาณมาพัฒนาประเทศชาติ

นอกจากนี้ภายใต้สนธิสัญญาที่ญี่ปุ่นทำกับประเทศอื่น ในลักษณะ สนธิสัญญาความร่วมมือทางเศรษฐกิจ ที่ไทยทำกับญี่ปุ่น (อาจจะปรากฏในความตกลง ไทย-ญี่ปุ่นด้วย) การเรียกเก็บภาษีอาจถือว่าเป็นการเวนคืนยึดทรัพย์ทางอ้อมได้ ซึ่งหากไทยได้ทำกับญี่ปุ่น อเมริกาย่อมได้ประโยชน์อย่างเดียวกัน ภายใต้หลัก MFN ด้วย (ในประเด็นนี้กำลังพยายามหา Text มาดูเพื่อยืนยันข้อมูล)

จุดอ่อนของการเจรจา ทำ FTA Thai-US

- การยอมทำ FTA อย่างที่สหรัฐเรียกร้องทุกประการนั้นนับว่าเป็นการขาดวิสัยทัศน์ และผิดพลาดเชิงนโยบายอย่างยิ่ง ไทยต้องคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยที่เท่าเทียมกันในการเจรจาทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ตามหลักอธิปไตยแห่งรัฐที่เท่าเทียมกัน
- ประเทศไทยจะมีความเข้มแข็งและมีอำนาจต่อรองที่ดีกว่าภายใต้กรอบการเปิดเสรีพหุภาคี ใน WTO ซึ่งอิงอยู่กับกฎระเบียบ (Rule - Based System) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำนาจการต่อรอง ที่อาจจะได้เปรียบหรือเสียเปรียบ จากอำนาจการต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน (Bargaining Power) หรือ แม้แต่การเจรจาที่ไทยรวมกับกลุ่มสมาชิกอาเซียน จะเข้มแข็งกว่าภายใต้กรอบของอาเซียน กับโลกภายนอกที่เป็นคู่ค้า โดยการพัฒนารอบ แห่กฎเกณฑ์ที่เป็นธรรม และมีประสิทธิภาพกว่าโดยมีกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาทั้งหลายเป็นกลุ่มพลังร่วมกัน และอาเซียนเป็นการรวมตัวทางเศรษฐกิจภายในภายในภูมิภาค
- การตกลงภายใต้ WTO เปรียบเสมือนการตีตัวนั้งแถวเดียว ไม่มีใครนั่งบังใครแม้บางคนสูง บางคนต่ำกว่า แต่การทำ FTA เหมือนการตีตัวยืน ที่มีราคาแพงกว่าแต่ต้องเขย่งแก๊งกอย บางคนสูง บางคนต่ำ บางคนยืนแถวหน้า บางคนยืนแถวหลัง บางคนมีที่เสริมฐานที่ยืน แล้วแต่ใครจะเจรจา โดยมีอำนาจต่อรองสูงกว่ากันในบางประเด็น และไม่เสมอไปที่การเจรจาก่อนจะได้เปรียบกว่า หากรัฐที่มาเจรจาทีหลังมีอำนาจต่อรองสูงกว่าอาจจะได้ประโยชน์เหนือกว่ารัฐที่เจรจา FTA ก่อน
- การทำ FTA จึงเป็นการทำลายระบบกฎเกณฑ์การค้าโลก กรอบการค้าโลกที่อยู่บนพื้นฐานของกฎหมาย Rule-Based System มาสู่กรอบของการต่อรอง เป็น Preferential Trading System

- การเจรจา FTA แบบ “ปะติดปะต่อ” Patchy Work นั้นไม่เพียงพอที่จะพัฒนา และการปราศจากกรอบระเบียบและกลไกที่ดีเพียงพอทางการค้าและการลงทุนนั้นทำให้ไทยมีแต่จะเสียเปรียบและจะเพิ่มความหายนะแก่ประเทศชาติ
- สหรัฐยอมไม่เจรจาในสิ่งที่ได้อยู่แล้ว ย่อมเจรจาในสิ่งที่ดีกว่า และยังไม่ได้ แม้ว่าอเมริกาถือว่า FTA เป็นการเจรจาจาก 0 ก็ตามแต่สิ่งใดที่อเมริกาได้ตามกรอบอื่น หรือตามกฎหมายอื่นใดแล้ว ย่อมไม่ต้องเจรจา จึงไม่ควรประเมินว่าประเทศไทยก็เปิดอยู่แล้ว มีอยู่แล้วเป็นการเข้าใจผิด FTA เป็น WTO-Plus, ASEAN-Plus, TRIPS-Plus, TRIMS-Plus และสหรัฐย่อมต้องการยกเลิก บัญชี 1 ที่ไทยสงวนไว้ ซึ่งเกี่ยวกับฐานทรัพยากรธรรมชาติ ป่าไม้ การประมงในทะเลอาณาเขต การทำไร่ ทำสวน ทำนา แบบ Massive Plantation ข้อนี้ทำให้ไทยสูญเสียแผ่นดิน และการเปิดเสรีด้านการบริการ Service โดยเฉพาะ Mode3: Commercial Presence ที่เป็นการลงทุน
- FTA ได้กระทำอย่างเร่งรีบ ใช้เวลาน้อยที่สุดในบรรดาประเทศทั้งหลายที่ทำ FTA การทำวิจัยเพียงไม่กี่เดือน และล้วนแต่วิจัยจากทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์โดยไม่ได้ศึกษาจากภาคส่วนที่เกี่ยวข้องโดยตรงทางปฏิบัติ และศึกษาจากกรอบเก่า Rule of the Game เก่า ย่อมไม่สะท้อนผลในอนาคตจากเกณฑ์ใหม่
- ไม่มียุทธศาสตร์ทางเศรษฐกิจที่ดี ผิดหลักการร่วมมือทางเศรษฐกิจเพราะการร่วมมือทางเศรษฐกิจต้องการกรอบที่รองรับทุกอย่าง เช่น EU แต่ FTA ถูกผลักดันโดยนโยบายต่างประเทศที่ไร้เหตุผลทางเศรษฐกิจแบบยั่งยืน
- ขาดการเตรียมพร้อมเพื่อเปิดรับการเปิดเสรีอย่างแท้จริง การแข่งขันที่สู้ไม่ได้ ไม่ใช่นโยบายที่ถูกต้อง สังเกตได้ว่าการเปิดเสรีที่ได้ผลดีทุกฝ่ายจะเป็นการเปิดเสรีระหว่าง หรือในกลุ่มประเทศที่มีความเท่าเทียมทางเศรษฐกิจ ดังนั้นทุกฝ่ายจะได้ประโยชน์จากการแข่งขัน แต่การเปิดเสรีที่ฝ่ายหนึ่งเหนือกว่าทุกด้าน อีกฝ่ายสู้ไม่ได้ทุกด้านย่อมไม่บรรลุเป้าหมายของการเปิดเสรีแต่อย่างใด
- ไม่มีการกำหนดทิศทางเชิงนโยบายในการเจรจา ไม่รู้ว่าประเทศชาติต้องการอะไร ไม่มีการปรึกษาภาคส่วนที่เกี่ยวข้องที่ทั่วถึง ยาวนานเพียงพอ ไม่มีการปรึกษาสภา และ ประชาชน ตลอดจนองค์กรต่างๆที่เกี่ยวข้อง
- การยอมแลกกับการที่ได้เข้าสู่ตลาดอเมริกาเพียงเล็กน้อย กับสิ่งที่ไทยต้องสูญเสียไปนั้นไม่คุ้ม ไม่ว่าจะเป็นการเข้าสู่ตลาดอเมริกาในเรื่องสินค้า หรือเรื่อง ร้านอาหารไทยนั้น เล็กน้อยมาก และ Redundancy เพราะตลาดอเมริกาเปิดอยู่แล้ว (อัตราภาษีนำเข้า 0-3.5%) และจะลดเป็น 0% ไปเองภายใต้ GATT/WTOอุปสรรคทางภาษีไม่ใช่เรื่องสำคัญ แต่อุปสรรคที่สำคัญคือ Non-tariff Barrier, Unilateral Measures, SPS Measures, Anti-Dumping ที่เป็นอุปสรรคมากกว่าแต่สหรัฐไม่เปิดให้ไทยเรา แม้เรื่องร้านอาหารไทยก็ไม่ใช้สิ่งใหม่แต่อย่างใด และหลักฐานก็คือการที่ไทยได้ดุลการค้าสหรัฐจากกรอบเดิมที่เป็นอยู่ และสหรัฐจะมาปิดตลาดที่เคยเปิดอยู่แล้วไม่ได้ภายใต้กรอบของ WTO ไม่ได้ตามหลัก NT/MFN แต่ไทยต้องแลกกับการที่สหรัฐต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อการส่งออกเองและการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ และการเปิดเสรีด้านบริการซึ่งทำประโยชน์มากกว่าการค้าสินค้า คิดเป็น 60-70% ของผลประโยชน์ทั้งหมด อีกทั้งการให้ความ

คุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาที่ โหดร้ายต่อคนไทยเช่น เรื่องสิทธิบัตรยา วิธีการรักษาพยาบาล เพราะแม้แต่ TRIPS ยังสงวนไว้ไม่ให้สิทธิบัตรเกี่ยวกับวิธีการรักษาพยาบาล ด้วยเหตุผลทางมนุษยธรรม และศีลธรรม

- การเข้าสู่ตลาดไทยของสหรัฐที่มากกว่าที่เคยเป็นเช่นห้ามปิดป้ายเรื่อง GMO เพื่อส่งสินค้า GMO เข้าตลาดไทย และสินค้าที่ไทยเคยผลิตและจำหน่ายในไทยได้ก็ต้องกลายมาเป็นการนำเข้า แม้สินค้าที่เป็น labor intensive เพื่อฟื้นฟู Sunset Industry ของสหรัฐเองด้วย
- การนำเข้าสินค้า GMO โดยไม่มีการปิดป้ายนั้น ทำให้สินค้าที่ปนเปื้อนวัตถุดิบที่มี GMO ในสินค้าที่ผลิตเพื่อการส่งออกนั้นไม่สามารถพิสูจน์และรับรองการปลอด GMO ได้ ซึ่งทำให้สินค้าไทยอาจจะถูกปฏิเสธในตลาด EU และ ญี่ปุ่นได้ ทำให้สูญเสียตลาดอื่น
- การเปิดเสรีแบบ negative approach ซึ่งหากมีการเปิดการค้าบริการหลายภาคส่วนตามที่อเมริกาต้องการแก่ผู้ประกอบการอเมริกันนั้น ไทยไม่อยู่ในฐานะที่แข่งขันได้
- FTA ทำให้ไทยต้องเปลี่ยนแปลงกฎหมายเกี่ยวกับ การลงทุน มาตรการการลงทุน ถูกยกเลิกกลไกในการควบคุมตลาดเงิน เช่น short-term capital controls, investment incentives เป็นต้น
- FTA ทำให้ไทยต้องรับ WTO-plus commitments เกี่ยวกับ intellectual-property protection, covering patents, data exclusivity, plant varieties, copyright, compulsory licensing and other issues เช่นการตรวจรักษา วินิจฉัยโรคก็ต้องจดทะเบียนสิทธิบัตรทำให้แพทย์ไม่สามารถใช้วิธีการรักษาคนไข้ได้อีกต่อไปต้องตกอยู่ภายใต้สิทธิบัตรที่ต้องเสียเงินทั้งสิ้น คนไข้ที่ยากจนจะลำบากมาก ยาจะแพงมาก อุตสาหกรรมยาภายในประเทศจะล้มละลาย
- นักลงทุนสหรัฐสามารถเข้าถึงตลาดการจัดซื้อ จัดจ้าง the government-procurement market; เรื่องแรงงาน และสิ่งแวดล้อม labour and environmental standards; and cross-cutting disciplines to make domestic regulation เพื่อการไม่เลือกปฏิบัติ และโปร่งใสสำหรับอเมริกา
- ข้อเรียกร้องเหล่านี้ทำให้ไทยต้อง overhaul กฎหมายไทยอย่างมโหฬารถ้ายอมตามที่อเมริกาเรียกร้องทุกประการ
- การเจรจาฝ่ายสหรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญแก่ไทยเท่าที่ควร ที่จะทำให้ไทยได้ประโยชน์ในเรื่องการเข้าถึงตลาดสหรัฐ เช่น การเกษตร การอุดหนุน, การทุ่มตลาด SPS measures, การไม่เปิดตลาดแรงงาน การใช้กฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่ไทยเสียเปรียบ rules of origin ทำให้ไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA เลย เพราะกฎแหล่งกำเนิดของสินค้าที่เป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญของไทย ไม่ได้มีวัตถุดิบภายในประเทศ ต้องนำเข้าเช่นปลาทูน่า ปลาหมึก เป็นต้น ทำให้สินค้าเหล่านี้ไม่มีแหล่งกำเนิดในไทยจึงไม่ได้ประโยชน์จาก FTA ที่ให้อัตราภาษีต่ำ หรือเป็น 0%ตามที่สหรัฐให้ ไทยยังต้องเผชิญกับมาตรการฝ่ายเดียวในการขัดขวางการเข้าถึงตลาดอเมริกา ของสินค้าไทย และไทยต้องแข่งกับคู่ค้าในตลาดอเมริกาเองอีกด้วย การเปิดตลาดอเมริกาจึงไม่ได้เปิดจริงๆ ในสิ่งที่ป็นอุปสรรคเลย
- อเมริกาไม่ได้เปิดตลาดแรงงานแก่ไทย แต่คนสหรัฐอเมริกามาเข้าตลาดไทยได้จากการลงทุน
- นั้นย่อหมายถึง การได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวของอเมริกาเท่านั้น “FTA is a one-sided deal.”

- และท้ายที่สุด รายการแนบท้ายเกี่ยวกับภาคส่วนที่เปิดเสรี เปิดอย่างไร แคไหน ภายใต้เงื่อนไขอะไร หรือไม่มีเงื่อนไขอะไรยังเป็นความลึบอยู่ ภาคส่วนต่างๆเตรียมตัวไม่ได้

ภาคส่วนที่น่าเป็นห่วง

- ฐานทรัพยากรธรรมชาติ เช่น กรณีการทำเหมืองทองคำ ที่ทำให้แผ่นดินไทยราพนาสุรไปเป็นหมื่นไร่ และทิ้งหลุมไฮยาไนต์ที่ใช้ในการสกัดแร่ทองคำ ซึ่งเป็นสารพิษที่อันตรายไว้บนแผ่นดินไทยที่ซึมลงแหล่งน้ำให้คนไทยได้ดื่มกินทั่วๆ กันหรือการสำรวจ ขุดเจาะน้ำมัน แก๊สธรรมชาติในแผ่นดินไทยแต่ไทยต้องซื้อแก๊สในราคาแพงๆจากนักลงทุนเหล่านั้น ควรหันมาใช้ระบบ Profit Sharing Agreement เช่น Sarkarine Oil Project ในรัสเซีย ที่รัสเซียไม่ยอมให้นักลงทุนได้ประโยชน์ฝ่ายเดียวและเมื่อสิ้นสุดสัญญาต้องเป็นของรัฐหมด
- ประเด็น ทรัพย์สินทางปัญญา
- ภาคการเกษตร ทั้งการนำเข้าสินค้าเกษตร และการเกษตรมหภาค การเกษตรกับ IP protection
- การศึกษา มอมเมาเยาวชน ล้างสมอง ไร้วัฒนธรรมของชาติ
- การแพทย์และสาธารณสุข
- อุตสาหกรรมที่แข่งขันไม่ได้
- การท่องเที่ยว โรงแรม การขนส่ง Logistic
- วิชาชีพทั้งหลาย
- การลงทุนภาคบริการ
- ปัญหา Privatization กิจการที่เป็นสาธารณูปโภค การเข้าสู่ตลาดหลักทรัพย์ การถือครองโดยต่างชาติ เพราะเป็นกิจการที่เป็น Natural Monopoly หรือเป็นตลาด Oligopolistic ไร้การแข่งขัน ใครได้ก็แสวงหาประโยชน์สูงสุด Maximize Profit
- ปัญหาตลาดทุน ตลาดเงิน การลงทุนระยะสั้น เงินไหลเข้า ไหลออกอย่างรวดเร็ว เกิดวิกฤตการณ์ทางการเงินได้ง่าย

การเตรียมพร้อมเพื่อการเปิดเสรีที่พอเหมาะอย่างเป็นระบบ

- ปฏิรูปกรอบของกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนและมาตรการ การลงทุน
- เปิดตลาดบริการในบางภาคส่วนที่ให้การแข่งขันเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ
- ปฏิรูปกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการค้า เช่น ระบบภาษีศุลกากร ภาษีเงินได้ การบริหารจัดการระบบการจัดซื้อ จัดจ้าง ระบบเทคโนโลยี ระบบมาตรฐานอาหารและเครื่องอุปโภคบริโภค ระบบกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ระบบการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายและนโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรม การจัดการรัฐวิสาหกิจ จัดการกับระบบคอร์รัปชัน มาเฟีย กรอบของกฎหมายและสถาบันเกี่ยวกับการค้า การลงทุน ที่โปร่งใสและคาดเห็นได้
- ตั้งข้อสงวนในส่วนที่กระทบต่อภาคสาธารณะ และบริการสาธารณะ

- ไม่รับการเรียกร้องเรื่อง IP Protection โดยเฉพาะเกี่ยวกับสิทธิบัตรยา การวินิจฉัยโรค การรักษาพยาบาล
- มีมาตรการป้องกันการเข้าถึงฐานทรัพยากรธรรมชาติ ภูมิปัญญาไทย ภูมิปัญญาท้องถิ่น ทรัพยากรธรรมชาติทางชีวภาพ
- พัฒนาศักยภาพคนไทยอย่างยั่งยืน การศึกษาที่มีคุณภาพและ ประสิทธิภาพ
- พัฒนาตามรูปแบบ Sustainable Development

ข้อเสนอแนะเชิงนโยบาย

- ไทยจะต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนก่อนการเคลื่อนไหวไปสู่ทิศทางใดทางเศรษฐกิจ ระหว่างการเปิดเสรีสุดโต่ง กับการเปิดเสรีอย่างระมัดระวัง ไทยเลือกรูปแบบการเปิดเสรีที่เหมาะสมได้ หากเราไม่อาจต้านทานกระบวนการโลกาภิวัตน์ตามยุคสมัยได้ การศึกษาที่ดี การสร้างคนไทยที่มีคุณภาพ มีประสิทธิภาพ และมีสติ ปัญญา มีคุณธรรม จริยธรรม เป็นสิ่งสำคัญ
- การทำ FTA จึงต้องเท่าทันสหรัฐและปรับโครงสร้างทั้งทางกฎหมาย และ สถาบันพื้นฐาน (Legal and Institutional Framework) มารองรับ มี Regulator ที่มีคุณภาพและ ประสิทธิภาพ เพราะ FTA ก็เหมือน Tsunami ที่ถาโถมเข้ามาอย่างไม่ทันตั้งตัว ปัญหาเฉพาะหน้าคือ การแข่งขันไม่ได้ของผู้ประกอบการไทย เพราะในระบบ Neo Liberalism ทุนและเทคโนโลยี เป็นข้อได้เปรียบ ซึ่งไทยสู้ไม่ได้ การเปิดเสรีจึงต้องมีปัญญามาก เพราะแนวคิดแบบ Neo Liberalism เป็นการสร้างตลาดเศรษฐกิจโลกแบบไม่มีพรมแดน ลดอุปสรรคทุกชนิด ลดบทบาทอำนาจรัฐ และลดอุปสรรคจากกฎหมายภายใน ยกเลิกมาตรการและนโยบายทางเศรษฐกิจภายในที่ถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคของการค้า การลงทุน โดยสิ้นเชิง บรรษัทข้ามชาติสามารถเข้าถึงแหล่งทรัพยากรธรรมชาติทุกชนิดโดยไม่มีอุปสรรคเยี่ยงคนชาติ ทั้ง Natural endowment และ created endowment ในอนาคต เศรษฐกิจทั้งโลกจะอยู่ในมือบรรษัทข้ามชาติ และนายทุนใหญ่ การเปิดเสรีครั้งนี้มีนัยอันสำคัญกล่าวคือโครงสร้างทางเศรษฐกิจที่เป็นอยู่ปัจจุบันของไทยเรานั้น ไม่อาจรองรับการประกอบธุรกิจของทุนขนาดมหึมา หรือแสนล้านได้ จึงต้องสร้างโครงสร้างทางเศรษฐกิจใหม่ที่รองรับได้ และการลงทุนขนาดนั้นจึงต้องได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่และสมบูรณ์ที่สุด ชนิดนักลงทุนฟ้องรัฐได้
- การทำ FTA ในขณะที่ไทยไม่มีระบบ กฎหมาย และ นโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรมที่มีประสิทธิภาพ Competition Law and Policy ทำให้ไทยจะสูญเสียอำนาจ และ เอกราช หรืออธิปไตยทางเศรษฐกิจเพราะการแข่งขันไม่ได้ เศรษฐกิจของประเทศจะอยู่ในมือคนต่างชาติ และอาจจะเกิด การใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางไม่ชอบ Abuse of Market dominance ของบริษัทต่างชาติ และปัญหา Restrictive Business Practice ในรูปแบบต่างๆ การแข่งขันจึงไม่เสรีอย่างแท้จริง แต่เป็นการแทนที่อำนาจรัฐโดยอำนาจนายทุนใหญ่

- ปัญหาสิ่งแวดล้อมถูกทำลาย ฐานทรัพยากรธรรมชาติถูกทำลาย Over exploitation หรือถูกแสวงหาประโยชน์โดยไม่มีการวางแผน ประเทศจะรพนาสุร และทั้งความเสื่อมโทรมเอาไว้เบื้องหลัง ตัวอย่างการทำเหมืองทองในไทยโดยนายทุนต่างชาติ ซึ่งที่ดินไทย ภูเขาไทยรพนาสุรไปเป็นหมื่นไร่ เพราะหิน 1 ตันสกัดทองคำได้ 1 กรัม นายทุนขนเงินออกนอกประเทศไปเป็นหมื่นล้านบาท แต่รัฐบาลไทยเก็บค่าภาคหลวงได้เพียง 2 % จากรายได้ทั้งหมดที่ส่งออกนอกประเทศ และทั้งหลุมไชยาไนท์อันเป็นสารพิษขนาดใหญ่ไว้ในแผ่นดินไทย สารพิษนี้ใช้สำหรับการสกัดทอง และสารพิษนี้จะซึมลงสู่แหล่งน้ำใต้ดินให้คนไทยบริโภคโดยทั่วหน้ากัน คุ่มค่ากันใหม่กับการเปิดเสรี แทนที่จะเก็บทรัพยากรของแผ่นดินไว้ให้ลูกหลานได้ค่อยใช้ทำประโยชน์นานๆ อีกทั้งอุตสาหกรรมรีไซเคิลจากต่างประเทศที่แผ่นดินไทยเป็นที่ตั้งโรงงานขยะอิเล็กทรอนิกส์ และวัตถุมีพิษ ขยะเหล่านี้จะถูกฝังกลบ หรือทิ้งขว้างในแผ่นดินไทยโดยขนมาจากต่างประเทศ แล้วเก็บเอาแต่ชิ้นส่วนที่ยังเป็นประโยชน์ออกไปใช้ หรือเป็นวัตถุดิบของการผลิตสินค้าอื่นๆต่อไป ต่อไป หากไม่มีการวางแผนเมืองที่ชัดเจน และการกำหนดเขตอุตสาหกรรมอย่างเหมาะสม แผ่นดินไทยจะเป็นเขตอุตสาหกรรม หรือเขตโรงงานของอเมริกา คนไทยคือแรงงานราคาถูกของนายทุน บ้านเรือนของเราก็ตั้งปะปนอยู่กับโรงงานสกปรกเหล่านั้น มีการจัดตั้งเขตคนรวยที่เฉพาะคนรวยอยู่อาศัย คนไทยผู้ยากไร้อยู่ในเขตคนจน ตัวอย่างเห็นได้ในประเทศฟิลิปปินส์ และ บราซิล แม็กซิโก อาร์เจนตินา เป็นต้น

ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายไทย

- ประการแรกไทยต้องกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจที่ดี มิใช่เพียงแต่การเจรจาแบบ “Narrow Mercantilism” และการตัดสินใจแบบเฉพาะกิจ “ad hoc decision making”.
- ไทยจะต้องคำนึงถึงนโยบายเศรษฐกิจของชาติโดยรวม กรอบเศรษฐกิจ กฎหมาย และสถาบัน.
- ไทยต้องหันมาทบทวนนโยบาย FTA อย่างจริงจังและเชื่อมโยงกับการพัฒนาปรับปรุงระบบภายในประเทศที่พร้อมที่จะรองรับการแข่งขัน และการพัฒนาให้ดีกว่านามาสู่การปฏิรูปภายในอย่างเป็นระบบ พัฒนาคณะเทคโนโลยี ตลาดทุน ตลาดเงิน และกฎหมาย รวมทั้งสังคม กับการพัฒนาที่ยั่งยืน
- ทีมเจรจาจะต้องเปลี่ยนวิสัยทัศน์ในการเจรจามาสู่กระบวนการเจรจาที่อิงนโยบายและการปรึกษาหารือทั้งภายใน และภายนอกอย่างกว้างขวาง และมีการร่วมมืออย่างจริงจัง
- จะต้องขยายเวลาการเจรจาให้ยาวออกไป หรือชะลอการเจรจา หรือยกเลิกการเจรจาไปก่อนเพื่อการพิจารณาในประเด็นที่สำคัญอย่างรอบคอบ และมีการศึกษาอย่างจริงจังในแต่ละภาคส่วนที่จะได้รับผลกระทบจาก FTA มิใช่การทำวิจัยเพียงผิวเผิน งานวิจัยหลายชิ้นใช้เวลาสั้นเกินไป และศึกษาจากกรอบเดิม ศึกษาจากอดีตเพื่อช้อนาคต
- ควรปรับปรุงเรื่อง กฎแหล่งกำเนิดของสินค้า ให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจของไทย และที่จะไม่เบี่ยงเบนการค้าไทยจนไทยไม่ได้ประโยชน์จาก FTA
- ไทยควรจะหันมาใส่ใจกับการพัฒนากฎระเบียบและกฎหมาย ภายใต้ WTO

- ไทยควรที่จะพัฒนากฎหมายและนโยบายการแข่งขันที่เป็นธรรมเพื่อป้องกันการใช้การมีอำนาจเหนือตลาดของบริษัทข้ามชาติ และการผูกขาดตลาด ตลอดจนการทำลายองค์กรธุรกิจไทย
- หากไทยหันไปสู่นโยบายการเปิดเสรี การเปิดเสรีฝ่ายเดียว Unilateral liberalization ยังจะมีความปลอดภัยกว่ามากเพราะไทยกำกับดูแลได้ทุกเรื่องและจะปิดเมื่อไรก็ได้ ปรับเปลี่ยนอย่างไรก็ได้
- ไทยไม่ควรตกลงให้ผู้ผูกพันตามสนธิสัญญาโดยการลงนามเพียงประการเดียว จะต้องเป็นการลงนามที่จะต้องได้รับการให้สัตยาบันเพื่อไทยจะได้มีโอกาสทบทวนข้อบทที่ถูกต้องแท้จริงก่อนผูกพันโดยการให้สัตยาบัน และมีโอกาสเข้าพิจารณาโดยสภาและประชาชนด้วย
- ไทยต้องตั้งข้อสงวนในเรื่องที่สำคัญ และแก่นอริปไตยไม่ให้อยู่ภายใต้การผูกพันตาม FTA
- ไทยต้องไม่ยอมเรื่อง IP Protection ตามแบบอเมริกา
- ไทยต้องปรับเปลี่ยนท่าทีในการเจรจาเป็นแนวกุญแจ ไม่ใช่ตั้งรับตามท่อนอเมริกาเสนอฝ่ายเดียว โดยไทยต้องยอมตามทุกข้อ มีการเสนอ Counter text ให้อเมริกาด้วย

ข้อเสนอแนะแก่ฝ่ายไทยในประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายในข้อบทการลงทุน

- Coverage ของสนธิสัญญา FTA
- บทนิยามของ “นักลงทุน” กับ “การลงทุน”
- ปัญหากระบวนการทำสนธิสัญญาการมีผลผูกพัน การเริ่มมีผลบังคับใช้ การมีผลของสนธิสัญญาชั่วคราว การแก้ไขเพิ่มเติม การแก้ไขเปลี่ยนแปลง การสิ้นสุดของสนธิสัญญา Coverage ของสนธิสัญญา การบอกเลิกสนธิสัญญา การตั้งข้อสงวน การมีผลของสนธิสัญญาต่อประเทศที่สาม
- ปัญหากระบวนการเจรจา
- ปัญหาอธิปไตยของชาติ ทั้งทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ
- ปัญหาเรื่องสิ่งแวดล้อม
- ปัญหาการยุติข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ
- Negative List, Sensitive List กับ Negative Approach , Positive Approach
- ประเด็นการเวนคืนยึดทรัพย์
- ประเด็นการตั้งข้อยกเว้น และ ข้อสงวนต่างๆ
- Liberalization Model: Sectoral, Investment Control, Selective Liberalization, Regional industrialization programme, Mutual national treatment, Combined national treatment/Most-Favoured-nation treatment” (NT/MFN), Hybrid model”
- ประเด็นปัญหากฎหมาย และนโยบาย เกี่ยวกับการแข่งขันที่เป็นธรรม ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย และ ปัญหา Natural Monopoly
- ปัญหาเกี่ยวกับภาษีทางตรง และทางอ้อม Transfer Pricing, Tax Avoidance, Tax Planning
- การทำกรอบของกฎหมายต้องเป็นแบบ Comprehensive ไม่ใช่การต่อรองเรื่องผลประโยชน์เป็นจุดๆเพราะไทยจะเสียเปรียบ

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

Vienna Convention on the Law of Treaties

(Vienna, 23 May 1969)

THE STATES PARTIES TO THE PRESENT CONVENTION,

CONSIDERING the fundamental role of treaties in the history of international relations,

RECOGNIZING the ever-increasing importance of treaties as a source of international law and as a means of developing peaceful co-operation among nations, whatever their constitutional and social systems,

NOTING that the principles of free consent and of good faith and the *pacta sunt servanda* rule are universally recognized,

AFFIRMING that disputes concerning treaties, like other international disputes, should be settled by peaceful means and in conformity with the principles of justice and international law,

RECALLING the determination of the peoples of the United Nations to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties can be maintained,

HAVING IN MIND the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations, such as the principles of the equal rights and self-determination of peoples, of the sovereign equality and independence of all States, of non-interference in the domestic affairs of States, of the prohibition of the threat or use of force and of universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms for all,

BELIEVING that the codification and progressive development of the law of treaties achieved in the present Convention will promote the purposes of the United Nations set forth in the Charter, namely, the maintenance of international peace and security, the development of friendly relations and the achievement of co-operation among nations,

AFFIRMING that the rules of customary international law will continue to govern questions not regulated by the provisions of the present Convention,

HAVE AGREED as follows:

PART I

INTRODUCTION

Article 1

Scope of the present Convention

The present Convention applies to treaties between States.

Article 2

Use of terms

1. For the purposes of the present Convention:

(a) "treaty" means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation;

(b) "ratification", "acceptance", "approval" and "accession" mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty;

(c) "full powers" means a document emanating from the competent authority of a State designating a person or persons to represent the State for negotiating, adopting or authenticating the text of a treaty, for expressing the consent of the State to be bound by a treaty, or for accomplishing any other act with respect to a treaty;

(d) "reservation" means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State;

(e) "negotiating State" means a State which took part in the drawing up and adoption of the text of the treaty;

(f) "contracting State" means a State which has consented to be bound by the treaty, whether or not the treaty has entered into force;

(g) "party" means a State which has consented to be bound by the treaty and for which the treaty is in force;

(h) "third State" means a State not a party to the treaty;

(i) "international organization" means an intergovernmental organization.

2. The provisions of paragraph 1 regarding the use of terms in the present Convention are without prejudice to the use of those terms or to the meanings which may be given to them in the internal law of any State.

Article 3

International agreements not within the scope of the present Convention

The fact that the present Convention does not apply to international agreements concluded between the States and other subjects of international law or between such other subjects of international law, or to international agreements not in written form, shall not affect:

(a) the legal force of such agreements;

(b) the application to them of any of the rules set forth in the present Convention to which they would be subject under international law independently of the Convention;

(c) the application of the Convention to the relations of States as between themselves under international agreements to which other subjects of international law are also parties.

Article 4

Non-retroactivity of the present Convention

Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the

Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States.

Article 5

Treaties constituting international organizations and treaties adopted within
an international organization

The present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization.

PART II

CONCLUSION AND ENTRY INTO FORCE OF TREATIES

SECTION 1: CONCLUSION OF TREATIES

Article 6

Capacity of States to conclude treaties

Every State possesses capacity to conclude treaties.

Article 7

Full powers

1. A person is considered as representing a State for the purpose of adopting or authenticating the text of a treaty or for the purpose of expressing the consent of the State to be bound by a treaty if:

(a) he produces appropriate full powers; or

(b) it appears from the practice of the States concerned or from other circumstances that their intention was to consider that person as representing the State for such purposes and to dispense with full powers.

2. In virtue of their functions and without having to produce full powers, the following are considered as representing their State:

- (a) Heads of State, Heads of Government and Ministers for Foreign Affairs, for the purpose of performing all acts relating to the conclusion of a treaty;
- (b) heads of diplomatic missions, for the purpose of adopting the text of a treaty between the accrediting State and the State to which they are accredited;
- (c) representatives accredited by States to an international conference or to an international organization or one of its organs, for the purpose of adopting the text of a treaty in that conference, organization or organ.

Article 8

Subsequent confirmation of an act performed without authorization

An act relating to the conclusion of a treaty performed by a person who cannot be considered under article 7 as authorized to represent a State for that purpose is without legal effect unless afterwards confirmed by that State.

Article 9

Adoption of the text

- 1. The adoption of the text of a treaty takes place by the consent of all the States participating in its drawing up except as provided in paragraph 2.
- 2. The adoption of the text of a treaty at an international conference takes place by the vote of two thirds of the States present and voting, unless by the same majority they shall decide to apply a different rule.

Article 10

Authentication of the text

The text of a treaty is established as authentic and definitive:

(a) by such procedures as may be provided for in the text or agreed upon by the States participating in its drawing up; or

(b) failing such procedure, by the signature, signature *ad referendum* or initialling by the representatives of those States of the text of the treaty or of the Final Act of a conference incorporating the text.

Article 11

Means of expressing consent to be bound by a treaty

The consent of a State to be bound by a treaty may be expressed by signature, exchange of instruments constituting a treaty, ratification, acceptance, approval or accession, or by any other means if so agreed.

Article 12

Consent to be bound by a treaty expressed by signature

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by the signature of its representative when:

(a) the treaty provides that signature shall have that effect;

(b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that signature should have that effect; or

(c) the intention of the State to give that effect to the signature appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. For the purposes of paragraph 1:

(a) the initialling of a text constitutes a signature of the treaty when it is established that the negotiating States so agreed;

(b) the signature *ad referendum* of a treaty by a representative, if confirmed by his State, constitutes a full signature of the treaty.

Article 13

Consent to be bound by a treaty expressed by an exchange of instruments

constituting a treaty

The consent of States to be bound by a treaty constituted by instruments exchanged between them is expressed by that exchange when;

- (a) the instruments provide that their exchange shall have that effect; or
- (b) it is otherwise established that those States were agreed that the exchange of instruments should have that effect.

Article 14

Consent to be bound by a treaty expressed by ratification, acceptance or approval

1. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by ratification when:

- (a) the treaty provides for such consent to be expressed by means of ratification;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that ratification should be required;
- (c) the representative of the State has signed the treaty subject to ratification; or
- (d) the intention of the State to sign the treaty subject to ratification appears from the full powers of its representative or was expressed during the negotiation.

2. The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by acceptance or approval under conditions similar to those which apply to ratification.

Article 15

Consent to be bound by a treaty expressed by accession

The consent of a State to be bound by a treaty is expressed by accession when:

- (a) the treaty provides that such consent may be expressed by that State by means of accession;
- (b) it is otherwise established that the negotiating States were agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession; or
- (c) all the parties have subsequently agreed that such consent may be expressed by that State by means of accession.

Article 16

Exchange or deposit of instruments of ratification, acceptance, approval or accession

Unless the treaty otherwise provides, instruments of ratification, acceptance, approval or accession establish the consent of a State to be bound by a treaty upon:

- (a) their exchange between the contracting States;
- (b) their deposit with the depositary; or
- (c) their notification to the contracting States or to the depositary, if so agreed.

Article 17

Consent to be bound by part of a treaty and choice of differing provisions

1. Without prejudice to articles 19 to 23, the consent of a State to be bound by part of a treaty is effective only if the treaty so permits or the other contracting States so agree.
2. The consent of a State to be bound by a treaty which permits a choice between differing provisions is effective only if it is made clear to which of the provisions the consent relates.

Article 18

Obligation not to defeat the object and purpose of a treaty prior to its entry into force

A State is obliged to refrain from acts which would defeat the object and purpose of a treaty when:

(a) it has signed the treaty or has exchanged instruments constituting the treaty subject to ratification, acceptance or approval, until it shall have made its intention clear not to become a party to the treaty; or

(b) it has expressed its consent to be bound by the treaty, pending the entry into force of the treaty and provided that such entry into force is not unduly delayed.

SECTION 2: RESERVATIONS

Article 19

Formulation of reservations

A State may, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, formulate a reservation unless:

(a) the reservation is prohibited by the treaty;

(b) the treaty provides that only specified reservations, which do not include the reservation in question, may be made; or

(c) in cases not falling under sub-paragraphs (a) and (b), the reservation is incompatible with the object and purpose of the treaty.

Article 20

Acceptance of and objection to reservations

1. A reservation expressly authorized by a treaty does not require any subsequent acceptance by the other contracting States unless the treaty so provides.

2. When it appears from the limited number of the negotiating States and the object and purpose of a treaty that the application of the treaty in its entirety between all the parties is an essential condition of the consent of each one to be bound by the treaty, a reservation requires acceptance by all the parties.

3. When a treaty is a constituent instrument of an international organization and unless it otherwise provides, a reservation requires the acceptance of the competent organ of that organization.

4. In cases not falling under the preceding paragraphs and unless the treaty otherwise provides:

(a) acceptance by another contracting State of a reservation constitutes the reserving State a party to the treaty in relation to that other State if or when the treaty is in force for those States;

(b) an objection by another contracting State to a reservation does not preclude the entry into force of the treaty as between the objecting and reserving States unless a contrary intention is definitely expressed by the objecting State;

(c) an act expressing a State's consent to be bound by the treaty and containing a reservation is effective as soon as at least one other contracting State has accepted the reservation.

5. For the purposes of paragraphs 2 and 4 and unless the treaty otherwise provides, a reservation is considered to have been accepted by a State if it shall have raised no objection to the reservation by the end of a period of twelve months after it was notified of the reservation or by the date on which it expressed its consent to be bound by the treaty, whichever is later.

Article 21

Legal effects of reservations and of objections to reservations

1. A reservation established with regard to another party in accordance with articles 19, 20 and 23:

(a) modifies for the reserving State in its relations with that other party the provisions of the treaty to which the reservation relates to the extent of the reservation; and

(b) modifies those provisions to the same extent for that other party in its relations with the reserving State.

2. The reservation does not modify the provisions of the treaty for the other parties to the treaty *inter se*.

3. When a State objecting to a reservation has not opposed the entry into force of the treaty between itself and the reserving State, the provisions to which the reservation relates do not apply as between the two States to the extent of the reservation.

Article 22

Withdrawal of reservations and of objections to reservations

1. Unless the treaty otherwise provides, a reservation may be withdrawn at any time and the consent of a State which has accepted the reservation is not required for its withdrawal.

2. Unless the treaty otherwise provides, an objection to a reservation may be withdrawn at any time.

3. Unless the treaty otherwise provides, or it is otherwise agreed:

(a) the withdrawal of a reservation becomes operative in relation to another contracting State only when notice of it has been received by that State;

(b) the withdrawal of an objection to a reservation becomes operative only when notice of it has been received by the State which formulated the reservation.

Article 23

Procedure regarding reservations

1. A reservation, an express acceptance of a reservation and an objection to a reservation must be formulated in writing and communicated to the contracting States and other States entitled to become parties to the treaty.

2. If formulated when signing the treaty subject to ratification, acceptance or approval, a reservation must be formally confirmed by the reserving State when expressing its consent to be bound by the treaty. In such a case the reservation shall be considered as having been made on the date of its confirmation.

3. An express acceptance of, or an objection to, a reservation made previously to confirmation of the reservation does not itself require confirmation.

4. The withdrawal of a reservation or of an objection to a reservation must be formulated in writing.

SECTION 3: ENTRY INTO FORCE AND PROVISIONAL APPLICATION OF TREATIES

Article 24

Entry into force

1. A treaty enters into force in such manner and upon such date as it may provide or as the negotiating States may agree.

2. Failing any such provision or agreement, a treaty enters into force as soon as consent to be bound by the treaty has been established for all the negotiating States.

3. When the consent of a State to be bound by a treaty is established on a date after the treaty has come into force, the treaty enters into force for that State on that date, unless the treaty otherwise provides.

4. The provisions of a treaty regulating the authentication of its text, the establishment of the consent of States to be bound by the treaty, the manner or date of its entry into force, reservations, the functions of the depositary and other matters arising necessarily before the entry into force of the treaty apply from the time of the adoption of its text.

Article 25

Provisional application

1. A treaty or a part of a treaty is applied provisionally pending its entry into force if:

(a) the treaty itself so provides; or

(b) the negotiating States have in some other manner so agreed.

2. Unless the treaty otherwise provides or the negotiating States have otherwise agreed, the provisional application of a treaty or a part of a treaty with respect to a State shall be terminated if that State notifies the other States between which the treaty is being applied provisionally of its intention not to become a party to the treaty.

PART III

OBSERVANCE, APPLICATION AND INTERPRETATION OF TREATIES

SECTION 1: OBSERVANCE OF TREATIES

Article 26

Pacta sunt servanda

Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27

Internal law and observance of treaties

A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46.

SECTION 2: APPLICATION OF TREATIES

Article 28

Non-retroactivity of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party.

Article 29

Territorial scope of treaties

Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory.

Article 30

Application of successive treaties relating to the same subject-matter

1. Subject to article 103 of the Charter of the United Nations, the rights and obligations of States parties to successive treaties relating to the same subject-matter shall be determined in accordance with the following paragraphs.
2. When a treaty specifies that it is subject to, or that it is not to be considered as incompatible with, an earlier or later treaty, the provisions of that other treaty prevail.
3. When all the parties to the earlier treaty are parties also to the later treaty but the earlier treaty is not terminated or suspended in operation under article 59, the earlier treaty applies only to the extent that its provisions are compatible with those of the later treaty.
4. When the parties to the later treaty do not include all the parties to the earlier one:
 - (a) as between States parties to both treaties the same rule applies as in paragraph 3;
 - (b) as between a State party to both treaties and a State party to only one of the treaties, the treaty to which both States are parties governs their mutual rights and obligations.
5. Paragraph 4 is without prejudice to article 41, or to any question of the termination or suspension of the operation of a treaty under article 60 or to any question of responsibility which may arise for a State from the conclusion or application of a treaty the provisions of which are incompatible with its obligations towards another State under another treaty.

SECTION 3: INTERPRETATION OF TREATIES

Article 31

General rule of interpretation

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Article 33

Interpretation of treaties authenticated in two or more languages

1. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail.

2. A version of the treaty in a language other than one of those in which the text was authenticated shall be considered an authentic text only if the treaty so provides or the parties so agree.

3. The terms of the treaty are presumed to have the same meaning in each authentic text.

4. Except where a particular text prevails in accordance with paragraph 1, when a comparison of the authentic texts discloses a difference of meaning which the application of articles 31 and 32 does not remove, the meaning which best reconciles the texts, having regard to the object and purpose of the treaty, shall be adopted.

SECTION 4: TREATIES AND THIRD STATES

Article 34

General rule regarding third States

A treaty does not create either obligations or rights for a third State without its consent.

Article 35

Treaties providing for obligations for third States

An obligation arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to be the means of establishing the obligation and the third State expressly accepts that obligation in writing.

Article 36

Treaties providing for rights for third States

1. A right arises for a third State from a provision of a treaty if the parties to the treaty intend the provision to accord that right either to the third State, or to a group of States to which it belongs, or to all States, and the third State assents thereto. Its assent shall be presumed so long as the contrary is not indicated, unless the treaty otherwise provides.

2. A State exercising a right in accordance with paragraph 1 shall comply with the conditions for its exercise provided for in the treaty or established in conformity with the treaty.

Article 37

Revocation or modification of obligations or rights of third States

1. When an obligation has arisen for a third State in conformity with article 35, the obligation may be revoked or modified only with the consent of the parties to the treaty and of the third State, unless it is established that they had otherwise agreed.

2. When a right has arisen for a third State in conformity with article 36, the right may not be revoked or modified by the parties if it is established that the right was intended not to be revocable or subject to modification without the consent of the third State.

Article 38

Rules in a treaty becoming binding on third States through international custom

Nothing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such.

PART IV

AMENDMENT AND MODIFICATION OF TREATIES

Article 39

General rule regarding the amendment of treaties

A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except in so far as the treaty may otherwise provide.

Article 40

Amendment of multilateral treaties

1. Unless the treaty otherwise provides, the amendment of multilateral treaties shall be governed by the following paragraphs.

2. Any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which shall have the right to take part in:

(a) the decision as to the action to be taken in regard to such proposal;

(b) the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty.

3. Every State entitled to become a party to the treaty shall also be entitled to become a party to the treaty as amended.

4. The amending agreement does not bind any State already a party to the treaty which does not become a party to the amending agreement; article 30, paragraph 4(b), applies in relation to such State.

5. Any State which becomes a party to the treaty after the entry into force of the amending agreement shall, failing an expression of a different intention by that State:

(a) be considered as a party to the treaty as amended; and

(b) be considered as a party to the unamended treaty in relation to any party to the treaty not bound by the amending agreement.

Article 41

Agreements to modify multilateral treaties between certain of the parties only

1. Two or more of the parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to modify the treaty as between themselves alone if:

(a) the possibility of such a modification is provided for by the treaty; or

(b) the modification in question is not prohibited by the treaty and:

(i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;

(ii) does not relate to a provision, derogation from which is incompatible with the effective execution of the object and purpose of the treaty as a whole.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of the modification to the treaty for which it provides.

PART V

INVALIDITY, TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION

OF TREATIES

SECTION 1: GENERAL PROVISIONS

Article 42

Validity and continuance in force of treaties

1. The validity of a treaty or of the consent of a State to be bound by a treaty may be impeached only through the application of the present Convention.
2. The termination of a treaty, its denunciation or the withdrawal of a party, may take place only as a result of the application of the provisions of the treaty or of the present Convention. The same rule applies to suspension of the operation of a treaty.

Article 43

Obligations imposed by international law independently of a treaty

The invalidity, termination or denunciation of a treaty, the withdrawal of a party from it, or the suspension of its operation, as a result of the application of the present Convention or of the provisions of the treaty, shall not in any way impair the duty of any State to fulfil any obligation embodied in the treaty to which it would be subject under international law independently of the treaty.

Article 44

Separability of treaty provisions

1. A right of a party, provided for in a treaty or arising under article 56, to denounce, withdraw from or suspend the operation of the treaty may be exercised only with respect to the whole treaty unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree.
2. A ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty recognized in the present Convention may be invoked only with respect to the whole treaty except as provided in the following paragraphs or in article 60.

3. If the ground relates solely to particular clauses, it may be invoked only with respect to those clauses where:

(a) the said clauses are separable from the remainder of the treaty with regard to their application;

(b) it appears from the treaty or is otherwise established that acceptance of those clauses was not an essential basis of the consent of the other party or parties to be bound by the treaty as a whole; and

(c) continued performance of the remainder of the treaty would not be unjust.

4. In cases falling under articles 49 and 50 the State entitled to invoke the fraud or corruption may do so with respect either to the whole treaty or, subject to paragraph 3, to the particular clauses alone.

5. In cases falling under articles 51, 52 and 53, no separation of the provisions of the treaty is permitted.

Article 45

Loss of a right to invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from

or suspending the operation of a treaty

A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts:

(a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or

(b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be.

SECTION 2: INVALIDITY OF TREATIES

Article 46

Provisions of internal law regarding competence to conclude treaties

1. A State may not invoke the fact that its consent to be bound by a treaty has been expressed in violation of a provision of its internal law regarding competence to conclude treaties as invalidating its consent unless that violation was manifest and concerned a rule of its internal law of fundamental importance.
2. A violation is manifest if it would be objectively evident to any State conducting itself in the matter in accordance with normal practice and in good faith.

Article 47

Specific restrictions on authority to express the consent of a State

If the authority of a representative to express the consent of a State to be bound by a particular treaty has been made subject to a specific restriction, his omission to observe that restriction may not be invoked as invalidating the consent expressed by him unless the restriction was notified to the other negotiating States prior to his expressing such consent.

Article 48

Error

1. A State may invoke an error in a treaty as invalidating its consent to be bound by the treaty if the error relates to a fact or situation which was assumed by that State to exist at the time when the treaty was concluded and formed an essential basis of its consent to be bound by the treaty.
2. Paragraph 1 shall not apply if the State in question contributed by its own conduct to the error or if the circumstances were such as to put that State on notice of a possible error.
3. An error relating only to the wording of the text of a treaty does not affect its validity; article 79 then applies.

Article 49

Fraud

If a State has been induced to conclude a treaty by the fraudulent conduct of another negotiating State, the State may invoke the fraud as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 50

Corruption of a representative of a State

If the expression of a State's consent to be bound by a treaty has been procured through the corruption of its representative directly or indirectly by another negotiating State, the State may invoke such corruption as invalidating its consent to be bound by the treaty.

Article 51

Coercion of a representative of a State

The expression of a State's consent to be bound by a treaty which has been procured by the coercion of its representative through acts or threats directed against him shall be without any legal effect.

Article 52

Coercion of a State by the threat or use of force

A treaty is void if its conclusion has been procured by the threat or use of force in violation of the principles of international law embodied in the Charter of the United Nations

Article 53

Treaties conflicting with a peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

A treaty is void if, at the time of its conclusion, it conflicts with a peremptory norm of general international law. For the purposes of the present Convention, a peremptory norm of general international law is a norm accepted and recognized by the international community of States as a whole as a norm from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character.

SECTION 3: TERMINATION AND SUSPENSION OF THE OPERATION OF TREATIES

Article 54

Termination of or withdrawal from a treaty under its provisions or by consent
of the parties

The termination of a treaty or the withdrawal of a party may take place:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 55

Reduction of the parties to a multilateral treaty below the number necessary for
its entry into force

Unless the treaty otherwise provides, a multilateral treaty does not terminate by reason only of the fact that the number of the parties falls below the number necessary for its entry into force.

Article 56

Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination,
denunciation or withdrawal

1. A treaty which contains no provision regarding its termination and which does not provide for denunciation or withdrawal is not subject to denunciation or withdrawal unless:

- (a) it is established that the parties intended to admit the possibility of denunciation or withdrawal; or
- (b) a right of denunciation or withdrawal may be implied by the nature of the treaty.

2. A party shall give not less than twelve months' notice of its intention to denounce or withdraw from a treaty under paragraph 1.

Article 57

Suspension of the operation of a treaty under its provisions or by consent of the parties

The operation of a treaty in regard to all the parties or to a particular party may be suspended:

- (a) in conformity with the provisions of the treaty; or
- (b) at any time by consent of all the parties after consultation with the other contracting States.

Article 58

Suspension of the operation of a multilateral treaty by agreement between

certain of the parties only

1. Two or more parties to a multilateral treaty may conclude an agreement to suspend the operation of provisions of the treaty, temporarily and as between themselves alone, if:

- (a) the possibility of such a suspension is provided for by the treaty; or
- (b) the suspension in question is not prohibited by the treaty and:
 - (i) does not affect the enjoyment by the other parties of their rights under the treaty or the performance of their obligations;
 - (ii) is not incompatible with the object and purpose of the treaty.

2. Unless in a case falling under paragraph 1(a) the treaty otherwise provides, the parties in question shall notify the other parties of their intention to conclude the agreement and of those provisions of the treaty the operation of which they intend to suspend.

Article 59

Termination or suspension of the operation of a treaty implied by conclusion of

a later treaty

1. A treaty shall be considered as terminated if all the parties to it conclude a later treaty relating to the same subject-matter and:

- (a) it appears from the later treaty or is otherwise established that the parties intended that the matter should be governed by that treaty; or

(b) the provisions of the later treaty are so far incompatible with those of the earlier one that the two treaties are not capable of being applied at the same time.

2. The earlier treaty shall be considered as only suspended in operation if it appears from the later treaty or is otherwise established that such was the intention of the parties.

Article 60

Termination or suspension of the operation of a treaty as a consequence of its breach

1. A material breach of bilateral treaty by one of the parties entitles the other to invoke the breach as a ground for terminating the treaty or suspending its operation in whole or in part.

2. A material breach of a multilateral treaty by one of the parties entitles:

(a) the other parties by unanimous agreement to suspend the operation of the treaty in whole or in part or to terminate it either:

(i) in the relations between themselves and the defaulting State, or

(ii) as between all the parties;

(b) a party specially affected by the breach to invoke it as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part in the relations between itself and the defaulting State;

(c) any party other than the defaulting State to invoke the breach as a ground for suspending the operation of the treaty in whole or in part with respect to itself if the treaty is of such a character that a material breach of its provisions by one party radically changes the position of every party with respect to the further performance of its obligations under the treaty.

3. A material breach of a treaty, for the purposes of this article, consists in:

(a) a repudiation of the treaty not sanctioned by the present Convention; or

(b) the violation of a provision essential to the accomplishment of the object or purpose of the treaty.

4. The foregoing paragraphs are without prejudice to any provision in the treaty applicable in the event of a breach.

5. Paragraphs 1 to 3 do not apply to provisions relating to the protection of the human person contained in treaties of a humanitarian character, in particular to provisions prohibiting any form of reprisals against persons protected by such treaties.

Article 61

Supervening impossibility of performance

1. A party may invoke the impossibility of performing a treaty as a ground for terminating or withdrawing from it if the impossibility results from the permanent disappearance or destruction of an object indispensable for the execution of the treaty. If the impossibility is temporary, it may be invoked only as a ground for suspending the operation of the treaty.

2. Impossibility of performance may not be invoked by a party as a ground for terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty if the impossibility is the result of a breach by that party either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

Article 62

Fundamental change of circumstances

1. A fundamental change of circumstances which has occurred with regard to those existing at the time of the conclusion of a treaty, and which was not foreseen by the parties, may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from the treaty unless:

(a) the existence of those circumstances constituted an essential basis of the consent of the parties to be bound by the treaty; and

(b) the effect of the change is radically to transform the extent of obligations still to be performed under the treaty.

2. A fundamental change of circumstances may not be invoked as a ground for terminating or withdrawing from a treaty:

(a) if the treaty establishes a boundary; or

(b) if the fundamental change is the result of a breach by the party invoking it either of an obligation under the treaty or of any other international obligation owed to any other party to the treaty.

3. If, under the foregoing paragraphs, a party may invoke a fundamental change of circumstances as a ground for terminating or withdrawing from a treaty it may also invoke the change as a ground for suspending the operation of the treaty.

Article 63

Severance of diplomatic or consular relations

The severance of diplomatic or consular relations between parties to a treaty does not affect the legal relations established between them by the treaty except in so far as the existence of diplomatic or consular relations is indispensable for the application of the treaty

Article 64

Emergence of a new peremptory norm of general international law (*jus cogens*)

If a new peremptory norm of general international law emerges, any existing treaty which is in conflict with that norm becomes void and terminates.

SECTION 4: PROCEDURE

Article 65

Procedure to be followed with respect to invalidity, termination, withdrawal from

or suspension of the operation of a treaty

1. A party which, under the provisions of the present Convention, invokes either a defect in its consent to be bound by a treaty or a ground for impeaching the validity of a treaty, terminating it, withdrawing from it or suspending its operation, must notify the other parties of its claim. The notification shall indicate the measure proposed to be taken with respect to the treaty and the reasons therefor.

2. If, after the expiry of a period which, except in cases of special urgency, shall not be less than three months after the receipt of the notification, no party has raised any objection, the party making the notification may carry out in the manner provided in article 67 the measure which it has proposed.

3. If, however, objection has been raised by any other party, the parties shall seek a solution through the means indicated in Article 33 of the Charter of the United Nations.

4. Nothing in the foregoing paragraphs shall affect the rights or obligations of the parties under any provisions in force binding the parties with regard to the settlement of disputes.

5. Without prejudice to article 45, the fact that a State has not previously made the notification prescribed in paragraph 1 shall not prevent it from making such notification in answer to another party claiming performance of the treaty or alleging its violation.

Article 66

Procedures for judicial settlement, arbitration and conciliation

If, under paragraph 3 of article 65, no solution has been reached within a period of twelve months following the date on which the objection was raised, the following procedures shall be followed:

(a) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of article 53 or 64 may, by a written application, submit it to the International Court of Justice for a decision unless the parties by common consent agree to submit the dispute to arbitration;

(b) any one of the parties to a dispute concerning the application or the interpretation of any of the other articles in Part V of the present Convention may set in motion the procedure specified in the Annex to the Convention by submitting a request to that effect to the Secretary-General of the United Nations.

Article 67

Instruments for declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending

the operation of a treaty

1. The notification provided for under article 65, paragraph 1 must be made in writing.
2. Any act declaring invalid, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty pursuant to the provisions of the treaty or of paragraphs 2 or 3 of article 65 shall be carried out through an instrument communicated to the other parties. If the instrument is not signed by the Head of State, Head of Government or Minister for Foreign Affairs, the representative of the State communicating it may be called upon to produce full powers.

Article 68

Revocation of notifications and instruments provided for in articles 65 and 67

A notification or instrument provided for in article 65 or 67 may be revoked at any time before it takes effect.

SECTION 5: CONSEQUENCES OF THE INVALIDITY, TERMINATION OR SUSPENSION OF THE OPERATION OF A TREATY

Article 69

Consequences of the invalidity of a treaty

1. A treaty the invalidity of which is established under the present Convention is void. The provisions of a void treaty have no legal force.
2. If acts have nevertheless been performed in reliance on such a treaty:
 - (a) each party may require any other party to establish as far as possible in their mutual relations the position that would have existed if the acts had not been performed;
 - (b) acts performed in good faith before the invalidity was invoked are not rendered unlawful by reason only of the invalidity of the treaty.
3. In cases falling under articles 49, 50, 51 or 52, paragraph 2 does not apply with respect to the party to which the fraud, the act of corruption or the coercion is imputable.
4. In the case of the invalidity of a particular State's consent to be bound by a multilateral treaty, the foregoing rules apply in the relations between that State and the parties to the treaty.

Article 70

Consequences of the termination of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the termination of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination.

2. If a State denounces or withdraws from a multilateral treaty, paragraph 1 applies in the relations between that State and each of the other parties to the treaty from the date when such denunciation or withdrawal takes effect.

Article 71

Consequences of the invalidity of a treaty which conflicts with a peremptory norm

of general international law

1. In the case of a treaty which is void under article 53 the parties shall:

(a) eliminate as far as possible the consequences of any act performed in reliance on any provision which conflicts with the peremptory norm of general international law; and

(b) bring their mutual relations into conformity with the peremptory norm of general international law.

2. In the case of a treaty which becomes void and terminates under article 64, the termination of the treaty:

(a) releases the parties from any obligation further to perform the treaty;

(b) does not affect any right, obligation or legal situation of the parties created through the execution of the treaty prior to its termination; provided that those rights, obligations or situations may thereafter be maintained only to the extent that their maintenance is not in itself in conflict with the new peremptory norm of general international law.

Article 72

Consequences of the suspension of the operation of a treaty

1. Unless the treaty otherwise provides or the parties otherwise agree, the suspension of the operation of a treaty under its provisions or in accordance with the present Convention:

(a) releases the parties between which the operation of the treaty is suspended from the obligation to perform the treaty in their mutual relations during the period of the suspension;

(b) does not otherwise affect the legal relations between the parties established by the treaty.

2. During the period of the suspension the parties shall refrain from acts tending to obstruct the resumption of the operation of the treaty.

PART VI

MISCELLANEOUS PROVISIONS

Article 73

Cases of State succession, State responsibility and outbreak of hostilities

The provisions of the present Convention shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty from a succession of States or from the international responsibility of a State or from the outbreak of hostilities between States.

Article 74

Diplomatic and consular relations and the conclusion of treaties

The severance or absence of diplomatic or consular relations between two or more States does not prevent the conclusion of treaties between those States. The conclusion of a treaty does not in itself affect the situation in regard to diplomatic or consular relations.

Article 75

Case of an aggressor State

The provisions of the present Convention are without prejudice to any obligation in relation to a treaty which may arise for an aggressor State in consequence of measures taken in conformity with the Charter of the United Nations with reference to that State's aggression.

PART VII

DEPOSITARIES, NOTIFICATIONS, CORRECTIONS AND REGISTRATION

Article 76

Depositaries of treaties

1. The designation of the depositary of a treaty may be made by the negotiating States, either in the treaty itself or in some other manner. The depositary may be one or more States, an international organization or the chief administrative officer of the organization.
2. The functions of the depositary of a treaty are international in character and the depositary is under an obligation to act impartially in their performance. In particular, the fact that a treaty has not entered into force between certain of the parties or that a difference has appeared between a State and a depositary with regard to the performance of the latter's functions shall not affect that obligation.

Article 77

Functions of depositaries

1. The functions of a depositary, unless otherwise provided in the treaty or agreed by the contracting States, comprise in particular:
 - (a) keeping custody of the original text of the treaty and of any full powers delivered to the depositary;
 - (b) preparing certified copies of the original text and preparing any further text of the treaty in such additional languages as may be required by the treaty and transmitting them to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;
 - (c) receiving any signatures to the treaty and receiving and keeping custody of any instruments, notifications and communications relating to it;

(d) examining whether the signature or any instrument, notification or communication relating to the treaty is in due and proper form and, if need be, bringing the matter to the attention of the State in question;

(e) informing the parties and the States entitled to become parties to the treaty of acts, notifications and communications relating to the treaty;

(f) informing the States entitled to become parties to the treaty when the number of signatures or of instruments of ratification, acceptance, approval or accession required for the entry into force of the treaty has been received or deposited;

(g) registering the treaty with the Secretariat of the United Nations;

(h) performing the functions specified in other provisions of the present Convention.

2. In the event of any difference appearing between a State and the depositary as to the performance of the latter's functions, the depositary shall bring the question to the attention of the signatory States and the contracting States or, where appropriate, of the competent organ of the international organization concerned.

Article 78

Notifications and communications

Except as the treaty or the present Convention otherwise provide, any notification or communication to be made by any State under the present Convention shall:

(a) if there is no depositary, be transmitted direct to the States for which it is intended, or if there is a depositary, to the latter;

(b) be considered as having been made by the State in question only upon its receipt by the State to which it was transmitted or, as the case may be, upon its receipt by the depositary;

(c) if transmitted to a depositary, be considered as received by the State for which it was intended only when the latter State has been informed by the depositary in accordance with article 77, paragraph 1(e).

Article 79

Correction of errors in texts or in certified copies of treaties

1. Where, after the authentication of the text of a treaty, the signatory States and the contracting States are agreed that it contains an error, the error shall, unless they decide upon some other means of correction, be corrected:

(a) by having the appropriate correction made in the text and causing the correction to be initialled by duly authorized representatives;

(b) by executing or exchanging an instrument or instruments setting out the correction which it has been agreed to make; or

(c) by executing a corrected text of the whole treaty by the same procedure as in the case of the original text.

2. Where the treaty is one for which there is a depositary, the latter shall notify the signatory States and the contracting States of the error and of the proposal to correct it and shall specify an appropriate time-limit within which objection to the proposed correction may be raised. If, on the expiry of the time-limit:

(a) no objection has been raised, the depositary shall make and initial the correction in the text and shall execute a *procès-verbal* of the rectification of the text and communicate a copy of it to the parties and to the States entitled to become parties to the treaty;

(b) an objection has been raised, the depositary shall communicate the objection to the signatory States and to the contracting States.

3. The rules in paragraphs 1 and 2 apply also where the text has been authenticated in two or more languages and it appears that there is a lack of concordance which the signatory States and the contracting States agree should be corrected.

4. The corrected text replaces the defective text *ab initio*, unless the signatory States and the contracting States otherwise decide.

5. The correction of the text of a treaty that has been registered shall be notified to the Secretariat of the United Nations.

6. Where an error is discovered in a certified copy of a treaty, the depositary shall execute a *procès-verbal* specifying the rectification and communicate a copy of it to the signatory States and to the contracting States.

Article 80

Registration and publication of treaties

1. Treaties shall, after their entry into force, be transmitted to the Secretariat of the United Nations for registration or filing and recording, as the case may be, and for publication.

2. The designation of a depositary shall constitute authorization for it to perform the acts specified in the preceding paragraph.

PART VIII

FINAL PROVISIONS

Article 81

Signature

The present Convention shall be open for signature by all States Members of the United Nations or of any of the specialized agencies or of the International Atomic Energy Agency or parties to the Statute of the International Court of Justice, and by any other State invited by the General Assembly of the United Nations to become a party to the Convention, as follows: until 30 November 1969, at the Federal Ministry for Foreign Affairs of the Republic of Austria, and subsequently, until 30 April 1970, at United Nations Headquarters New York

Article 82

Ratification

The present Convention is subject to ratification. The instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 83

Accession

The present Convention shall remain open for accession by any State belonging to any of the categories mentioned in article 81. The instruments of accession shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 84

Entry into force

1. The present Convention shall enter into force on the thirtieth day following the date of deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession.
2. For each State ratifying or acceding to the Convention after the deposit of the thirty-fifth instrument of ratification or accession, the Convention shall enter into force on the thirtieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article 85

Authentic texts

The original of the present Convention, of which the Chinese, English, French Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

IN WITNESS WHEREOF the undersigned Plenipotentiaries, being duly authorized thereto by their respective Governments, have signed the present Convention.

DONE AT VIENNA, this twenty-third day of May, one thousand nine hundred and sixty-nine.

ANNEX

1. A list of conciliators consisting of qualified jurists shall be drawn up and maintained by the Secretary-General of the United Nations. To this end, every State which is a Member of the United Nations or a party to the present Convention shall be invited to nominate two conciliators, and the names of the persons so nominated shall constitute the list. The term of a conciliator, including that of any conciliator nominated to fill a casual vacancy, shall be five

years and may be renewed. A conciliator whose term expires shall continue to fulfil any function for which he shall have been chosen under the following paragraph.

2. When a request has been made to the Secretary-General under article 66, the Secretary-General shall bring the dispute before a conciliation commission constituted as follows:

The State or States constituting one of the parties to the dispute shall appoint:

(a) one conciliator of the nationality of that State or of one of those States, who may or may not be chosen from the list referred to in paragraph 1; and

(b) one conciliator not of the nationality of that State or of any of those States, who shall be chosen from the list.

The State or States constituting the other party to the dispute shall appoint two conciliators in the same way. The four conciliators chosen by the parties shall be appointed within sixty days following the date on which the Secretary-General receives the request.

The four conciliators shall, within sixty days following the date of the last of their own appointments, appoint a fifth conciliator chosen from the list, who shall be chairman.

If the appointment of the chairman or of any of the other conciliators has not been made within the period prescribed above for such appointment, it shall be made by the Secretary-General within sixty days following the expiry of that period. The appointment of the chairman may be made by the Secretary-General either from the list or from the membership of the International Law Commission. Any of the periods within which appointments must be made may be extended by agreement between the parties to the dispute.

Any vacancy shall be filled in the manner prescribed for the initial appointment.

3. The Conciliation Commission shall decide its own procedure. The Commission, with the consent of the parties to the dispute, may invite any party to the treaty to submit to it its views orally or in writing. Decisions and recommendations of the Commission shall be made by a majority vote of the five members.

4. The Commission may draw the attention of the parties to the dispute to any measures which might facilitate an amicable settlement.

5. The Commission shall hear the parties, examine the claims and objections, and make proposals to the parties with a view to reaching an amicable settlement of the dispute.
6. The Commission shall report within twelve months of its constitution. Its report shall be deposited with the Secretary-General and transmitted to the parties to the dispute. The report of the Commission, including any conclusions stated therein regarding the facts or questions of law, shall not be binding upon the parties and it shall have no other character than that of recommendations submitted for the consideration of the parties in order to facilitate an amicable settlement of the dispute.
7. The Secretary-General shall provide the Commission with such assistance and facilities as it may require. The expenses of the Commission shall be borne by the United Nations.

ภาคผนวก ข

"Sovereignty" Exceptions to Investor Protection

FTA	G A T T / W T O Agmts.	N A F T A
National security.	Article XXI – General: National security.	Chapter 21 - General: National security.
Public order.	International peace/security.	Tax treaties, continuation of existing laws, and new laws for collection of otherwise valid taxes.
International peace and security.	Article XX – General: Public morals. Human, animal or plant life or health. Importation of gold or silver. Enforcement of laws consistent with GATT. Products of prison labor. National treasures. Exhaustible natural resources Commodity agreements. Access to domestic industrial material in short supply. Access to products in short supply.	Chapter 11 - Investment: Local government measures. Govt. procurement, subsidies, grants, loans, guarantees or insurance. Perform. Requirements. to: (1) meet health, safety, environ. Requirements or (2) locate prod., provide service, train or employ workers, const. facil. or carry out research/development.
	Agreement on Subsidies & Countervailing Measures: Adapt facilities to new environmental requirements. Promote investment in disadvantaged regions.	

The US laws and regulations breaching FTA at state law level

A. Economic Regulation

States exercise a wide range of regulatory authorities over business activity. Regulatory activity that could be impacted by FTA includes state rules regarding ownership, residency, business licenses and banking.

1. Ownership or residency requirements. Many states restrict in some way the ownership or sale of real estate, the use of public lands, and business licenses based on residency or citizenship.^{51} These restrictions could be inconsistent with proposed FTA antidiscrimination provisions for national treatment. For example:

Nebraska, ^{52} **Oklahoma** ^{53} and **Indiana** ^{54} limit or prohibit ownership of land by foreign citizens or corporations. **Nebraska** and **Indiana** require foreign citizens and corporations that inherit or acquire land to sell it within five years (if more than 320 acres). ^{55}

Nebraska, ^{56} **Kentucky**, ^{57} **Mississippi** ^{58} and **Wisconsin** ^{59} limit or prohibit ownership of land by nonresident foreign citizens.

South Dakota, ^{60} **Oklahoma**, ^{61} **Colorado**, ^{62} **Nebraska**, ^{63} **Missouri** ^{64} and **Minnesota** ^{65} prohibit foreign citizens and governments from acquiring agricultural land or ranches (some above a minimum acreage).

North Dakota, ^{66} **Minnesota**, ^{67} **Iowa** ^{68} and **Pennsylvania** ^{69} prohibit or limit ownership of agricultural land by nonresident foreign citizens.

Arizona, ^{70} **Colorado**, ^{71} **Montana**, ^{72} and **Oregon** ^{73} restrict sales of state lands to U.S. citizens or those who have declared their intention to become citizens.

Nevada limits the right to file a mining claim to persons who are U.S. citizens (or declare their intent to become citizens). ^{74}

Oregon limits licenses to control water rights to U.S. citizens.^{75}

Alaska, ^{76} **Hawaii** ^{77} and **Georgia** ^{78} limit or prohibit foreign ownership of some public utilities.

South Dakota prohibits Canadian citizens residing in Canada from forming a South Dakota corporation. ^{79}

2. Fishing fleet restrictions. State restrictions on commercial fishing could violate proposed FTA standards for national treatment, either because they explicitly favor state residents or because they have the effect of excluding new market entrants to the disadvantage of foreign interests. For example:

California has imposed a moratorium on commercial salmon fishing licenses until the fleet size falls below 2,500 vessels.{80}

Washington limits the number of fishermen who can make landings of ocean pink shrimp to those who have "historically and continuously" harvested the shrimp. {81}

Alaska, {82} **California** {83} and **Oregon** {84} require a significantly higher fee for nonresident commercial licenses than for resident licenses.

Maryland limits leases of submerged lands for cultivating oysters to state residents, and lessees of submerged oyster beds may not transfer leases to a non-resident.{85}

Massachusetts restricts commercial lobster permits to resident citizens of the state. {86}

3. Business licenses. Many states impose state residency requirements for certain business licenses. Examples of state laws that might discriminate against foreign investors include:

California, {87} **Hawaii**, {88} **Idaho**, {89} **Montana** {90} and **North Dakota** {91} require a local presence for one or more types of business enterprise.

Oregon requires water developers (including heavy construction, plumbing, well drilling, irrigation, water resources, and solid waste management companies) to be state residents or state-based businesses. {92}

Montana, **Maine** retain licensing, fee, and sales reporting requirements for out-of-state but not in-state wholesalers and retailers of produce. {93}

Alaska, {94} **North Dakota**, {95} **Oregon**, {96} **Nebraska** {97} and **South Dakota** {98} limit gaming licenses to state residents or require an in-state preference for amusement or gaming concessions and services. These laws could affect a range of business owners from the corner bar to large hotels and river boat casinos. **Texas** {99} makes state residence a requirement to

own a racetrack where pari-mutuel wagering is conducted. **North Dakota** requires corporations with an ownership interest in a race horse to have a place of business within the state. {100}

4. Banking regulation. The FTA Negotiating Group has decided to apply the agreement to financial services generally, but negotiators may propose special sector treatment that limits the ultimate application of the FTA to banking law {101}. The recent U.S. federal reform of interstate bank branching is likely to level many state laws that might have otherwise been in conflict with the FTA. However, the potential for conflict persists in such areas as community reinvestment rules, public deposit programs, and state requirements for the location of bank branches, all of which could be seen as performance requirements. Examples in this area include:

Washington, {102} **Iowa**, {103} **Minnesota** {104} and **Maine** {105} are among states that condition the acquisition of banking assets on meeting performance requirements for community reinvestment or net-new-benefits. {106}

Arizona, {107} **New Mexico**, {108} **Iowa**, {109} **Ohio** {110} and **Pennsylvania**{111} are among approximately 20 states that allocate public deposits and other banking business based on community reinvestment performance or local presence.{112}

B. Land Use and Environment

FTA negotiators have not identified environmental measures as a particular problem for foreign investors. However, they may oppose adoption of the general exceptions found in the WTO for environmental measures that may be inconsistent with the FTA. This section identifies state environmental measures that might run afoul of FTA proposals.

1. Limits on the use of state lands. Many states seek to balance economic development with sound resource management on state lands. They do this by placing limitations and controls on the sale of public lands and the use of its resources. One of the mechanisms used is to limit beneficial use to state residents. Many of these measures could violate anti-discrimination and MFN protections for investors under the FTA. For example:

Alaska {113} and **Montana** {114} limit permits for mineral extraction on state lands to U.S. citizens or corporations and foreign applicants whose home country offers the same rights to U.S. citizens.

Arizona limits the sale of public lands to state residents or state-based businesses.{115}

Arizona also limits the right to apply for a right-of-way over public land or a permit to use public land for grazing, extracting oil or gas,{116} or purchasing timber to U.S. citizens and corporations authorized to conduct business in Arizona.{117}

Hawaii, Maine retain residency and citizenship requirements for agricultural public lands that are sold or leased without a public auction. {118}

Utah restricts to U.S. citizens the right to apply for the use of inappropriate water. {119}

Wyoming limits mineral extraction from state lands to U.S. citizens, and limits eligibility for state royalty in-kind for refining operations to those conducted entirely within the state. {120}

Oregon {121} and **Wyoming** {122} give preference for leasing state land to residents of the state who occupy adjoining land.

Idaho {123} and **Oregon** {124} prohibit the sale of unprocessed timber to foreign countries. **Idaho** also restricts 95 percent of timber sales from state lands to parties who do not export logs outside of the state for further sale or processing.

2. Limits on the development of private land. Land use and environmental laws are widely used by states to limit landowners in the ways that they develop their property to protect natural resource and environmental values. Land development is clearly an investment that would fall within the scope of the FTA.{125} Since land use laws do not treat foreign developers differently from domestic ones, the issue is not one of explicit discrimination. Rather, the question is whether a foreign investor could challenge these rules on the grounds that they are inconsistent with the following FTA proposals for investor protection:

Uniform national treatment: Land use rules vary widely among states. If the FTA sets a uniform national treatment standard, investors may be able to complain that divergent state laws are inconsistent with this proposed FTA protection.

Expropriation or regulatory taking: Land owners sometimes argue successfully that land use restrictions so reduce the use or value of their land as to amount to a regulatory taking. FTA proposals may empower international arbitration panels to set lesser standards than those used by American courts for determining when the burden of regulation becomes a taking or "expropriation."

Performance requirements: Under the FTA, land use rules may be seen as performance requirements tied to permits. Common requirements such as mitigation measures and energy or water conservation technologies are possible sources of conflict. {126}

Even if negotiators do not intend to cover land use laws, foreign investors could try to use the FTA to challenge them. We have noted above that the WTO has general exceptions covering environmental measures, while the FTA as proposed does not. In the future, an FTA arbitration panel might conclude that this omission is purposeful and that the FTA should apply to allegedly burdensome land use rules. Examples of state limits or controls on private land development that may run afoul of the FTA include:

Most western states require reclamation of surface-mined areas with requirements that exceed or differ from minimum federal standards.{127} These include sealing acid-producing materials, covering mined areas with soil that will support vegetation, extensive planting, and constructing drainage and anti-erosion systems.

Washington protects tidal wetlands and coastal areas by authorizing restrictive zones within local zoning controls.{128} In King County, for example, local governments regulate alteration of topography, mineral extraction, timber harvest, agricultural expansion, utility projects, road construction, golf courses and marine facilities.{129}

California protects coastal areas by requiring that new development adjacent to sensitive habitat areas be designed to avoid adverse impacts.{130} The coastal zoning law also limits conversion of agricultural land to other purposes,{131} and requires most development to be next to an existing developed area with infrastructure.{132}

Regional - Maryland, Virginia and Pennsylvania coordinate their wetlands regulation in order to protect the Chesapeake Bay.{133} Under this agreement, Maryland protects nontidal wetlands by regulating the destruction of plant life, alteration of topography, and changes to the drainage or flood retention characteristics of land. {134}

Any of these laws can impose substantial design, mitigation, or infrastructure burdens on developers. These laws may also reduce the value of the land. American courts have upheld the government's power to regulate development to achieve valid public purposes without compensation, but an OECD arbitration panel might interpret FTA investor protections with different results.

3. Regulation of oil shipments. Anticipating an 800 percent increase in oil tanker traffic, Washington is the first state to enact standards that are designed to prevent oil spills rather than cope with them after the fact. {135} An international trade association is seeking to preempt this law with several legal arguments that failed in federal district court.{136} If the state prevails on appeal in this case, other states are considering following Washington's lead. {137}

FTA proposals could have led to different results before an FTA arbitration panel. Under an effects test for national treatment, the association could have argued that the Washington law has the effect of favoring Washington-based tanker companies over foreign companies that make fewer trips to local ports. Under uniform national treatment, they could have argued that the Washington law exceeds the safety standards of both federal law and several international treaties. Tanker owners might also have been able to argue under the FTA that the Washington law imposes performance requirements by requiring investment in certain equipment, management systems and crew training.

4. Incentives for investment in pollution prevention and control equipment. Many states provide tax or grant incentives to stimulate investment in pollution prevention or control equipment. Foreign investors could complain that, while these incentives do not explicitly discriminate against foreign investors, they do tend to promote investment in the jurisdiction that provides the incentive and are inconsistent with several FTA proposals:

Limits on incentives and performance requirements: Environmental investment incentives are designed to subsidize specific kinds of investment within the states that offer them. Foreign investors could claim that they are inconsistent with proposed FTA limits on investment incentives. In addition, in order to receive these incentives, states require an investor to perform in ways that benefit the environment. Investors could claim that this is inconsistent with proposed FTA limits on performance requirements.

National treatment - effects test and uniform national treatment: Tax incentives for pollution prevention and control could give a significant advantage to facilities located within states that offer them versus facilities located outside those states. Accordingly, foreign investors could claim that they fail stronger proposed national treatment tests under the FTA.

Several states exemplify the range of environmental investment incentives in use (see box):

California provides a 40 percent corporate income tax deduction for renewable energy or pollution control machinery or property in an economic development area. {138}

Oregon provides a 10 percent corporate income tax credit for investment in production technology or processes that reduce air emissions. {139}

Washington provides an exemption from its sales and use tax for original acquisition of a pollution control facility. {140}

Arizona law creates a public finance corporation that uses bonding authority to promote investment in pollution control technology. {141}

Colorado has an incentive program for conversion of vehicles to alternative fuels; it provides rebates, loans, grants and other incentives. {142}

5. Incentives for investment in recycled materials markets. Thirty-one states promote investment in facilities for processing recycled materials through a combination of tax benefits, public procurement preferences, and private market regulation such as recycled content rules. While these policies do not explicitly discriminate on the basis of nationality, foreign investors could claim that they are inconsistent with the following proposed FTA investor protections:

National treatment - effects test: Rules requiring a certain percentage of recycled content in products create an incentive to locate processing facilities within or near the jurisdiction that imposes the mandate, due to the cost of transporting unprocessed material for recycling. {143} Foreign investors could claim that the advantage afforded firms within the jurisdiction fails a stronger effects test proposed for national treatment.

National treatment - uniform national treatment: Foreign investors may be able to claim that differing state measures fragment the market, which results in a failure to provide national treatment.

Performance requirements: Foreign investors may be able to argue that conditioning a tax benefit on investing in production facilities to change production processes from virgin to recycled materials amounts to an investment-distorting performance requirement. {144}

Thirteen states use private market regulation or tax benefits to promote markets for recycled newsprint, glass or plastic. {145} Twenty-nine states use procurement preferences to do the same.{146}

Newsprint market - California, {147} **Oregon** {148} and **Connecticut** {149} are leaders among the eight states that mandate a minimum percentage of recycled content in newsprint.

Container market - California {150} and **Wisconsin** {151} are among the states that mandate a minimum percentage of recycled content in glass or plastic containers.

California requires recycling equipment to process at least a specified percentage of material generated within the state of California to receive tax benefits.{152}

Procurement preferences - California, Texas, and Michigan {153} are among states with statutory preferences for the purchase of materials with recycled or recyclable content. California uses a price preference that applies to paper, glass, oil, plastic, solvents, paint and tires.{154} Texas requires agencies to apply 8 percent of their procurement budgets to the purchase of recycled materials.{155}

A state recycled-content law is a good example of a practice that could be argued to violate both trade and investment agreements. It could violate a trade agreement because it seeks to regulate how a product is made rather than how it performs. The same law could violate an investment agreement because it diverts investment from where it would otherwise flow. Under the FTA, foreign investors may be able to argue that recycling incentives are aimed at influencing investment decisions more than at resource conservation. In any event, state promotion of recycled materials markets is likely to come within the scope of both investment and trade agreements. FTA language on which agreement should control in cases of overlap will be important, as will any proposal to provide remedies under the FTA to foreign investors for interests that are protected by other agreements.

C. Economic Development

Virtually every state provides incentives for economic development in the form of tax benefits, grants and loans, job training programs, and procurement preferences. A long-running domestic debate continues over whether these incentives provide a good return to the taxpayer. Based on the same arguments used in the United States, an OECD working group opposes development incentives because they distort private investment patterns, provide windfalls to act

in ways investors would have acted anyway, seek to enhance individual state exports and global competitiveness, and stimulate competition among governments that is costly to taxpayers without producing a net gain in national or global productivity. {156}

Many state and local governments, on the other hand, take the view that if they do not use incentives to compete for investment dollars the investments will go elsewhere. This is particularly the case in rural areas and inner-cities. Unlike NAFTA and the WTO, the FTA proposals include no exceptions for development incentives targeting economically disadvantaged areas.

FTA proposals include a number of options, including an outright ban on incentives, limits on the amount or purposes of incentives, a "standstill" on future incentives, a "rollback" of existing incentives, and an effects test to strengthen national treatment of foreign investors when overt discrimination is absent. {157} These options may be in play, but there is growing sentiment "that companies should be able to continue to benefit from incentives and that the FTA should not interfere with how governments seek to promote investment" apart from non-discrimination rules. {158}

There are many state programs that fall within the scope of FTA recommendations to limit development incentives. Examples of the potential conflicts between state interests and FTA proposals to limit or eliminate incentives follow:

1. Tax incentives. State and local governments currently offer over 600 tax incentives that are designed to influence the location and purpose of investments and enhance the competitiveness of state-based firms. {159} If the FTA bans or limits incentives, foreign investors may be able to challenge state tax incentives outright, or argue that they favor recipients and the offering jurisdiction, like the microbrewery example used earlier. Other examples include:

35 states {160} provide tax incentives for job creation, including **Oregon** (property tax exemption),{161} **Hawaii** (exemption from income tax on special revenue bonds),{162} and **North Dakota** (exemption from business income tax).{163}

31 states {164} provide tax incentives for industrial development, including **North Dakota** (exemption from property tax), {165} **Washington** (exemption from sales and use tax), {166} and **Texas** (exemption from industrial equipment value tax). {167}

45 states {168} provide tax incentives for raw materials used in manufacturing, including **Washington** (exemption from sales tax),{169} **California** (exemption from sales and use tax){170} and **Texas** (exemption for nonprofit development corporation that processes raw materials).{171}

2. Non-tax incentives. Almost every state also provides investment incentives in the form of grants, low interest loans (industrial revenue bonds, direct loans, loan guarantees), equity investments, and in-kind assistance such as customized job training. Again, depending upon how the FTA effects incentives, foreign investors may be able to argue that state non-tax incentives favor recipients in the offering jurisdiction and violate the FTA. Examples include:

49 states offer subsidized industrial revenue bond financing as an investment incentive. {172}

44 states offer customized job training as an investment incentive. {173}

23 states make various types of grants for economic development. {174} For example, **Hawaii** created an agricultural development revolving fund that can make grants or purchase securities to help state-based agribusiness companies. {175}

18 states provide venture capital. {176} **Texas** {177} and **Colorado** {178} are leaders in creating state-chartered corporations that make equity investments to leverage additional private-sector investment.

3. Enterprise zones. Enterprise zones are geographic areas, recognized by federal, state, and local governments to receive coordinated targeting of investment incentives and deregulation. As noted above, the WTO has a general exception for subsidies that are targeted to disadvantaged regions.{179} No such exception is proposed for the FTA.{180} The following are examples of state enterprise zone legislation:

Texas requires "qualified businesses" to locate within an enterprise zone and meet specific performance requirements in order to receive enterprise zone benefits.{181}

California gives priority for giving loans and loan guarantees to small businesses located within an enterprise zone. {182}

Oregon provides a property tax exemption for businesses that locate in an enterprise zone. {183}

4. Discriminatory practices in granting incentives. In addition to bans or limitations on investment incentives, the FTA may also protect foreign investors against discrimination in the provision of incentives. Several states explicitly limit certain kinds of development assistance on the basis of residency or citizenship. For example:

Montana prohibits small businesses with nonresident alien shareholders from taking investment tax credits.{184}

Oklahoma requires applicants for agricultural loans to be state residents. {185} **Oklahoma** also requires the incorporators of a business development corporation to be state residents.{186}

Arizona limits eligibility for economic development assistance to residents. {187}

5. Economic accountability. A growing number of states have provided development incentives only to see their value vanish as beneficiaries move out of state or otherwise fail to fulfill their promises. In response, at least 15 states have enacted accountability measures that legally bind beneficiaries to perform in various ways, refund the contribution, or suffer penalties. These are called "clawback" policies. {188}

Economic accountability policies could run afoul of FTA proposals banning or limiting the incentives with which they are linked. They might also run counter to FTA proposals limiting performance requirements that distort investment to the benefit of the jurisdiction offering the incentive{189} and protecting investors' right to transfer assets or funds, as illustrated by the examples below:{190}

Arizona requires businesses to meet performance standards within five years of completing facilities with state incentives; the state may recapture the funds if the business does not meet the standards. {191}

Colorado has explicit clawback terms in its customized job training program. Companies must certify how many jobs they will create and how much they will pay workers.{192}

Iowa requires companies that receive tax abatements to pay at least 75 percent of the county average wage.{193}

NAFTA accommodates such accountability measures through exceptions for performance requirements to locate production, provide a service, train or employ workers, construct or

expand facilities, or carry out research and development within the jurisdiction that provides the incentive.{194} No exceptions have been proposed for the FTA.

6. Domestic procurement preferences. State procurement practices receive major emphasis in foreign complaints about U.S. barriers to trade, particularly "buy domestic" programs and small business set-asides.{195} These practices could run afoul of the FTA if they are viewed as discriminating against foreign investors or creating investment-distorting incentives. There already is a WTO Agreement on Government Procurement (AGP) to which 37 governors have agreed to bind their states. For this reason, FTA negotiators have stated a preference that "the FTA should not interfere with the obligations of the Agreement on Government Procurement." {196}

Thirteen states have not joined the AGP, including *Alaska, New Mexico, and Nevada*. Procurement practices in these states may fall under FTA jurisdiction if state rules create investment distorting discrimination, serve as investment incentives (since preferences often result in above-market prices), or if they serve as performance requirements by favoring local content or disadvantaged bidders. {197}

Should the FTA overlap with the AGP and govern procurement in the 37 AGP-signatory states, these states would be exposed to the FTA 's binding legal remedies available to foreign investors. And, while the AGP includes the same general exceptions as the WTO and adds exceptions for the services of handicapped persons, philanthropic institutions, and prison labor, none of these exceptions are proposed for the FTA. {198} The United States also secured country-specific reservations in the AGP to avoid conflict with several federal and state procurement preference programs. These cover procurement preferences promoting business development by minorities, women and veterans; development of distressed areas; and environmental quality.{199} Furthermore, individual states were allowed to apply the AGP only to as much of their procurement as they desired. Many states list their own reservations to the AGP, including *Hawaii, Kansas, South Dakota, and Washington*. {200} No country-specific reservations have been proposed for the FTA.

D. Enforcement and State Sovereignty

1. FTA legal remedies. FTA negotiators propose to give foreign investors the right to seek monetary damages for both past and future losses, and to seek legal rulings on whether domestic laws violate investor protections under the FTA. Foreign investors may also have a

choice of using international arbitration panels or domestic courts to seek damages.{201} While international arbitration panels might be friendlier fora for foreign investors, access to domestic courts gives them the ability to seek injunctions to stop enforcement of offending laws, a power that international arbitrators do not have. Under NAFTA, investors can have it both ways. They can prosecute their claim for damages in an international arbitration forum and then seek "injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages" in domestic courts. {202}

While NAFTA 's investment chapter is a precedent for this FTA proposal, NAFTA also sets the precedent of Congressional implementing legislation that blocks investor access to domestic courts to enforce the agreement. The NAFTA implementation act provides that only the United States government may use U.S. courts to enforce NAFTA against the states.{203}

Congress may again be able to exercise its power to limit use of U.S. courts under the FTA, but only if the FTA is submitted to Congress in the form of legislation that must pass both houses by majority vote. References to implementing legislation below are meaningful only if the Administration takes that route to obtain Congressional approval.

FTA enforcement proposals will confront U.S. policymakers with a number of choices if Congress considers implementing legislation:

Use of domestic courts. Will investors have a right to use domestic courts to seek damages or injunctive relief? As in the case of NAFTA, it would only be through implementing legislation that Congress could foreclose enforcement of the FTA in the courts by any party other than the United States government.

Controlling law. The implementing legislation for both NAFTA and the WTO state that if a provision of the agreements conflicts with federal law (which includes the Constitution), then that provision has no effect.{204} In contrast, the FTA proposal takes the approach that domestic law applies only to the extent that it is consistent with the FTA.{205}

States as parties. The FTA would apply to government at all levels. Does that mean that foreign investors could bring legal claims directly against state governments? Or would an investor have to sue the United States for a claim against state law? Congress could act to block direct legal claims against states even in an international forum, or it could permit states to be named directly and defend themselves or at least participate in defending themselves.

Self-defense. If the United States is the named party, would states be able to defend their laws in an international forum? In the NAFTA implementing legislation, Congress requires the federal government to consult with states if their laws are the basis of a legal claim, but states have no right to defend themselves.{206}

Recouping damages. If the United States is the named party, would the U.S. federal government be able to withhold federal funds or sue states to recoup monetary damages that are awarded on the basis of an offending state law? If Congress were to provide for this, it would exert considerable federal enforcement power over states. Even without this financial leverage, the federal government would have the supremacy power to ask U.S. courts to prohibit enforcement of state laws that contravene the FTA.

Enforcement of the FTA against states by the federal government is the ultimate remedy, whether it takes the form of a lawsuit seeking preemption of state law or less litigious methods such as the withholding federal funds from noncompliant states. While federal officials may hope to avoid using these methods, they may be compelled to do so if they are obligated to implement the FTA as it has been proposed.

2. State sovereign immunity. Enforcement of FTA remedies involving legal action by foreign investors against states in federal court, either in an original case or an action to enforce an international arbitration award, raises the issue of state sovereign immunity under the 11th Amendment of the Constitution. **The 11th Amendment denies foreign citizens or citizens of another state the option of suing American states in federal court unless the state consents or unless Congress has the power to waive state immunity. {207}**

Until very recently, it would have been thought that Congress had the authority to waive state sovereign immunity for foreign investor lawsuits in federal court. However, in the 1996 case of *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, a closely divided Supreme Court ruled that **Congress has the authority to waive state sovereign immunity only under its 14th Amendment powers**, which include the power to protect property rights, but not under its general powers to regulate commerce. {208} Specifically, **the Court ruled that the 11th Amendment barred Congress from empowering the Seminole tribe to sue the State of Florida in federal court to enforce federal rights under the Indian Gaming Act.** This decision opens the question of **whether property rights protected under the 14th Amendment extend to the protections for foreign**

investors proposed for the FTA, giving Congress the power to waive state sovereign immunity under the FTA.

In the *Seminole* case, the Supreme Court also discussed two alternative mechanisms that could be used to enforce the FTA. The first is a federal lawsuit by the U.S. government seeking preemption of state law. This is the approach used in the implementing legislation for NAFTA and the WTO.

The second approach is a lawsuit by individuals against a state official, rather than the state itself, to ensure that the official's future conduct complies with federal law. {209} This option provides injunctive relief only, not damages against the state or the state official. For example, by adopting FTA investor protections through a federal statute, Congress might enable a foreign investor to sue an administrative official, such as a governor. In that case, the investor could seek a court order that requires the official to comply with the terms of the FTA.

A third approach would be for Congress to give investors remedies that would be enforceable in state courts if access to federal courts is barred. Of course, these latter two approaches would not be available if Congress bans private legal action in FTA implementing legislation as was done for NAFTA and the WTO.

3. Equal protection. Congressional adoption of FTA implementing legislation could raise significant legal or policy issues regarding equal protection of the laws. Many FTA proposals go beyond matters of discrimination, such as the proposals to ban performance requirements, limit incentives, and require compensation for expropriation or other government actions that reduce the value of an investment. Foreign investors will be able to choose international arbitration panels which are not bound to follow the established doctrines of American courts to interpret these protections. As noted above, these panels may give foreign investors property rights or remedies that are superior to those of domestic investors under U.S. constitutional law.

4. Delegation of judicial power. The implementing legislation for both NAFTA and the WTO say that "No provision of [NAFTA or the WTO], nor the application of such agreement to any person or circumstance, that is inconsistent with any law of the United States shall have effect." {210} In contrast, FTA negotiators have asserted that FTA provisions will be the substantive law governing any disputes, with domestic law relevant only when it is consistent with the FTA. {211}

Under these conditions, an international forum would have the power to render awards or write opinions on whether U.S. state governments are violating the FTA. Although this approach is already embodied in other trade agreements, a number of legal scholars predict that it can be successfully challenged as an unconstitutional delegation of judicial power. Their argument is that multinational arbitration delegate's judicial power to a forum outside the federal system, which violates the balance of federal powers and Article III of the Constitution. {212} They also argue that international arbitrators would "exercise significant authority" under laws of the United States {213} without being appointed by the President and confirmed by the Senate, violating the Appointments Clause of the Constitution. {214}

V. Addressing State Interests in the FTA

A. The FTA Process - How The States Can Be Heard

There are four key stages in the FTA negotiations:

- 1. Core proposals.** Negotiations on core proposals will continue at the FTA discussion rounds through 2006 when the Government is scheduled to consider a final agreement. As discussed, key core proposals include the expansion of national treatment and MFN, disciplines on expropriation, incentives, and performance requirements, and new remedies for enforcement.
- 2. General exceptions.** General exceptions to the FTA will be negotiated along with core proposals through 2006. They will create a permanent deference to sovereign authority within the FTA, including the authority of states to continue lawmaking in any areas that are covered.
- 3. Country-specific reservations.** Negotiations on country-specific reservations are likely to follow general agreement on the FTA text.{215} Country-specific reservations are the USTR's preferred means for protecting state sovereignty interests because they have the least impact on negotiations as a whole.{216}
- 4. Implementing legislation.** If the Administration proposes the FTA as an agreement rather than a treaty, it will require implementing legislation. There are a number of important issues that states can address in implementing legislation, including waiver of sovereign immunity, right of states to defend themselves in international arbitration, availability of non-monetary remedies, and other safeguards such as consultation and notice procedures.{217}

End note: 51. See Mark Shapiro, *The Dormant Commerce Clause: A Limit on Alien Land Laws*, 20 Brook. J. Int'l. L. 217 (1993).

52. R.R.S. Neb. 76-406 (1995). The Nebraska Constitution reserves the right to regulate alien "acquisition, enjoyment and descent of property ..." NE Const. Art. I, 25.

53. 60 Okl. Stat. 121- 123 (1995); Okl. Const. Art. XXII, 1 (1995). Nor does Oklahoma allow an alien to transfer land to another alien in order to avoid other alien land laws. 60 Okl. Stat. 124.

54. Ind. Code Ann. 32-1-8-2 (1996).

55. Neb. Rev. Stat. 72-234.01-.02, 76-402-403, 76-405 to 407, and 76-410 to 415 (1995).

56. Nebraska allows a nonresident heir of land to request sale of the land in order to receive the net proceeds of sale. Neb. Rev. Stat Ann. 76-408 and 409 (1995).

57. Kentucky gives a nonresident alien eight years to sell land, after which the state assumes title to the land. Ky. Rev. Stat. Ann. 381.300 (Banks-Baldwin 1996).

58. Mississippi allows nonresident aliens to own up to five acres of residential land and 320 acres of industrial land. The state assumes title to land that is not in compliance with the law. Miss. Code. Ann. 89-1-23 (1995).

59. Wisconsin limits nonresident aliens to 640 acres of land except to secure repayment of a debt. Wis. Stat. Ann. 710.02(1) (West 1995)

60. S.D. Codified Laws Ann. 43-2A-2 to 43-2A-7

61. 60 Okl. Stat. 121- 123 (1995); Okl. Const. Art. XXII, 1 (1995)

62. Colo. Rev. Stat. 36-1-124 (1990).

63. R.R.S. Neb. 76-402, 76-403, 76-405, 76-406 (1995).

64. Mo. Rev. Stat. 442.571(1)(West 1995).

65. 1996 Minn. A.L.S. 315.

66. N.D. Cent. Code 47-10.1-02 (1995).

67. Minn. Stat. Ann. 500.221 (West 1966).

68. Iowa Code Ann. 567.3(1) (West 1995).

69. Pennsylvania limits nonresident aliens to 100 acres of land unless the land is inherited or held as security for a loan. A resident alien who moves out of the state or a nonresident alien who inherits land must dispose of the land within three years. After three years, the state may take title to the land. 68 Pa. Cons. Stat. Ann. 41, 43, 44 and 46 (West 1996).

70. Ariz. Rev. Stat. Ann. 37-610.02 (1995).

71. Colo. Rev. Stat. 36-1-124 (1990).

72. Mont. Code. Ann. 77-2-306, 77-2-334.

73. Or. Rev. Stat. 273.255 (1995).

74. Nev. Rev. Stat. 517.010 (1995).

75. Or. Rev. Stat. 543.050 and 543.260 (1995)

76. Alaska Stat. 42.20.010 (1995).

77. Haw. Rev. Code Ann. 269-17.5 (1995).

78. Ga. Code 46-5-141.

79. Opinion of Attorney General No. 80-21 (South Dakota).

80. Cal. Fish & Game Code 8230(b)(4) (1996).

81. Wash. Rev. Code Ann. 75.28.720 (1995).

82. Alaska Stat. 16.43.160(b) (1995).

83. Cal. Fish & Game Code 7852(b) and (d) (1996).

84. Or. Rev. Stat. 508.285 (1995).

85. Md. Code Ann., Nat. Res. 4-11A-09, 4-11A-05.

86. Mass. Gen. L. ch. 130, 38.
87. Cal. Health & Safety Code 18045.5 (1995) (distributors of mobile homes, manufactured housing or commercial coaches).
88. Haw. Rev. Code Ann. 444-14; (construction companies).
89. Idaho Code 61-302 and 61-503 (1995) (utility companies).
90. Mont. Code Ann. 69-3-202(4) (1995) (utility companies).
91. N.D. Com. Code 10-22-08 (1995) (all foreign corporations).
92. Or. Rev. Stat. 541.700 (1995).
93. Mont. Code Ann. 80-3-302, 80-3-314, 80-3-321
94. Alaska Stat. 43.35.030 (1995).
95. N.D. Admin. Code 99-01-20-03, 05 (1995).
96. Or. Rev. Stat. 461.215 (1995).
97. Neb. Rev. Stat. 9-614 (1995).
98. S.D. Codified Laws Ann. 42-7A-43 and 42-7B-25 (1995).
99. Tex. Rev. Civ. Stat. Ann. art. 179e, 6.06(a)(12),(b),(d); Tex. Admin. Code tit. 16, 301.1 *et seq.* 305.102 (1995).
100. N.D. Admin. Code 69.5-01-05-16 (1995).
101. OECD, *main Features of the FTA* 101.
102. Wash. Rev. Code Ann. 30.04.230 (West 1986 Supp.).
103. Iowa Code 524.1909 (West 1996).
104. Minn. Stat. 48.93 (West Supp. 1987).

105. Me. Rev. Stat Ann. tit. 10, 1011 (1987 Supp.).
106. Survey by the Center for Policy Alternatives (1995).
107. Ariz. Rev. Stat. Ann. 6-327 (1996).
108. N.M. Stat. Ann. 58-12-2(e)(f) and 58-15-5 (1996).
109. Iowa Code 12C.6A (West 1996).
110. Ohio Rev. Code Ann. 1111.03 (Baldwin 1996).
111. 7 Pa. Cons. Stat. Ann. 6020.150 (1996).
112. Gizette Canegeta and Robert Stumberg, *Community Banking Incentives* (Center for Policy Alternatives, 1993). This report is based on a survey of state treasurers and their operating programs, which are not necessarily created by statute.
113. Alaska Stat. 38.05.045, 38.05.135, 38.05.140, 38.05.185, and 38.05.190 (1995).
114. Mont. Code Ann. 77-3-305A (1975).
115. Ariz. Rev. Stat. Ann. 37-610.02, 37-306 (1995).
116. Ariz. Comp. Admin. R. & Regs. 12-5-503, 12-5-515, 12-5-705(B), 12-5-801(c), 12-5-1101(1), 12-5-2102; Ariz. Rev. Stat. Ann 37-291(A).
117. Ariz. Comp. Admin. R. & Regs. 12-5-1001.
118. Haw. Rev. Code Ann. s.171-68 and 171-74
119. Utah Code Ann. 73-3-2(1)(a) (1995).
120. Wyo. Stat. 36-3-102(b), 36-6-101(a) - 36-6-101(c) (1995); State of Wyoming board of Land commissioners and Wyoming Farm Loan board rules and Regulations governing Leasing of Sub-Surface Resources, Ch. 6, 5, 13(b) (effective March 1, 1982), Ch. 7, 3(c), 7.
121. Or. Rev. Stat. 273.825 (1995).
122. Wyo. Stat. 36-5-105(a) (1996).

123. Idaho Code 58-1004 (1995).
124. Or. Const. art. VIII, 7 (1995).
125. OECD, *main Features of the FTA* 14.
126. OECD, *main Features of the FTA* 44.
127. Surface Mining Control and Reclamation Act, 30 U.S.C.S. 1230 - 1265 (1966).
128. See generally Rev. Code Wash. 35.63 (Planning Commissions); Department of Ecology, *Model Ordinance* (1990).
129. Seattle Audubon Society and Washington Wetlands Network (WETNET), *Wetnet Citizen's Report: Local Wetland Protection in Puget Sound* (December 1994) 49.
130. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30240 (1996).
131. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30241 (1996).
132. California Coastal Act, Cal. Public Res. Code, 30250 (1996).
133. See Chesapeake Bay Foundation, *Wetlands Permitting Programs in the Chesapeake Bay Area* (October 1994), App. C.
134. Md. Code Ann., Envir., 5-901 *et. seq.*
135. Wash. Rev. Code Ann. 43.21A.21A.705 (West 1966); see Pasha Publications, *Energy Report* (no. 46, vol. 24; November 25, 1996).
136. *The International Association of Independent Tanker Owners (Intertanko) v. Lowry*, 1996 WL 691968 (W.D. Wash).
137. California is reportedly considering preventive oil spill legislation. Sandi Doughton, "9th Circuit Court Gets Appeal of State's Strict Oil-Spill Rules," *The News Tribune* (January 11, 1997) B3. New York has a bill pending. 1997 NY S.B. 144 (Senator Skelos).
138. Cal. Rev. & Tax Code 24356.7 (1996).

139. *Or. Rev. Stat.* 315.311.

140. *Wash. Rev. Code Ann.* 82.34.050 (West 1996).

141. *Az. Rev. Stat.* 35-806 (1996).

142. *Col. Rev. Stat. Ann.* 25-7-106.9 (1996).

143. See, e.g., J. Christopher Thomas, *The Future: The Impact of Environmental Regulations on Trade 18 Canada-U.S. L.J.* 389-90 (1992).

144. See *United States International Trade Commission, Newsprint* (USITC Publication 2551, November 1992); 1992 ITC Lexis 651, *14.

145. The 13 states include Arizona, California, Connecticut, Florida, Illinois, Maryland, Michigan, Missouri, North Carolina, Oregon, Texas, West Virginia, and Wisconsin. For a current report, see Ramond Communications, *State Recycling Laws Update, Year-End Edition 9* (1995).

146. The 29 states include Arizona, Arkansas, California, Colorado, Connecticut, Florida, Hawaii, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Maine, Maryland, Michigan, Mississippi, Missouri, Nebraska, New York, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, Rhode Island, South Dakota, Tennessee, Texas, Utah, Vermont, Wisconsin and Wyoming. For a current report, see Ramond Communications, *State Recycling Laws Update, Year-End Edition* (1995).

147. *Cal. Pub. Res.*, 42756 and 42760 (1995).

148. *Or. Rev. Stat.* 459A.505.

149. *Conn. Gen. Stat.* 22a-256n.

150. *Cal. Pub. Res.*, 14549 (1995).

151. *Wis. Stat.* 100.297 (1994).

152. *Cal. Rev. & Tax Code* 17052.14.

153. *Mich. Comp. Laws Ann.* 18.1261a.

154. *Cal. Pub. Cont.* 12205 (1995).

155. *Tex. Govt. Code 2155.448 (1995). Recycled newsprint, plastic, and glass laws appear to be effective in influencing investment decisions. In 1989 there was only one Canadian paper mill that could process recycled paper; today there are 23. Paul Bagnell, "Recycled Paper Running Short: Pulp and paper makers urge Canadians to recycle more so they can stop importing so much from the U.S.," Financial Post (October 31, 1996). Paul Bagnell, "Recycled Paper Running Short: Pulp and paper makers urge Canadians to recycle more so they can stop importing so much from the U.S.," Financial Post (October 31, 1996). Other Canadian companies have shifted their capital investment in production into the United States, prompting a company executive to complain that "recycled-content laws have single-handedly changed the economics of location of the industry." Geoffrey Elliot, vice-president of corporate affairs for Noranda Forest, Inc., quoted in BNA, "Countries Can't Use Trade to Promote Environmental Action, Conference Told," BNA International Trade reporter (May 20, 1992). Geoffrey Elliot, vice-president of corporate affairs for Noranda Forest, Inc., quoted in BNA, "Countries Can't Use Trade to Promote Environmental Action, Conference Told," BNA International Trade reporter (May 20, 1992). Canada officially cites state-level recycled content laws as a leading trade barrier in the U.S. market. Canadian International Trade Ministry, 1995 Register of United States Barriers to Trade (April 1995); BNA, "U.S. Barriers Still in Place, Says 1995 Canadian Register" BNA International Trade Reporter (April 5, 1995). This is a good example of a practice that could be argued to violate both trade and investment agreements. A trade agreement could be violated by regulation of product characteristics, while an investment agreement could be violated by the regulation's distorting effects on investment patterns. Canadian International Trade Ministry, 1995 Register of United States Barriers to Trade (April 1995); BNA, "U.S. Barriers Still in Place, Says 1995 Canadian Register" BNA International Trade Reporter (April 5, 1995). Similarly, the EU complains that the application of state recycled-content policy to "imported products is not in conformity with GATT rules." European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment 57 (1994). European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment 57 (1994).*

156. *Working Group B, in OECD Documents 131. For a summary of the domestic debate on incentives, see Schweke et al., Bidding for Business; Corporation for Enterprise Development, "Making Development Incentives More Accountable," in Improving Your Business Climate, (forthcoming, 1997) [hereafter, CfED, Improving Your Business Climate]; and National Council for Urban Economic Development, Incentives: A Guide to an Effective and Equitable Policy, (Washington, D.C., 1996) [hereafter, NCUED, Incentives].*

157. *Working Group B, in OECD Documents 131.*

158. *OECD, main Features of the FTA 55; Anders Ahnliid, The Multilateral Agreement on Investment: Special Topics (OECD, December 1996, <http://www.oecd.org/daf/cmisis/ahnliid.htm>) 4. Mr. Ahnliid chairs the FTA Expert Group 3.*

159. *KPMG Peat Marwick Business Incentives Survey and Press Release, Fall 1995.*

160. *Schweke et al., Bidding for Business 18.*

161. *Or. Rev. Stat. 285.597, 285.600 and 285.605 (1996).*

162. *Haw. Rev. Code Ann. 39A-84 (West 1996).*

163. *N.D. Cent. Code 40-57.1-04 (West 1996).*

164. *Schweke et al., Bidding for Business 18.*

165. *N.D. Cent. Code. 40-57.1-04.3 (1995).*

166. *Wash. Rev. Code Ann. 82.08.02565 (1966).*

167. *Tx. Const. Art. 8 1-j (West 1966).*

168. *Schweke, et al., Bidding for Business 18.*

169. *Wash. Rev. Code Ann. 82.04.435 and 82.08.02565 (West 1996).*

170. *Cal. Rev. & Tax Code 6377 (1996).*

171. *Tx. Civ. Stat. Art. 5190.6 (West 1996).*

172. *Schweke et al., Bidding for Business 19 and National Association of State Development Agencies (NASDA), Directory of Incentives for Business Investment and Development in the United States (Urban Institute Press, 3rd edition, 1991) [hereafter, NASDA, Directory of Incentives].*

173. *NASDA, Directory of Incentives.*

174. *NASDA, Directory of Incentives.*

175. *Haw. Rev. Code Ann. 163D-17 (West 1996).*
176. *NASDA, Directory of Incentives.*
177. *Tex. Const., art. XVI, 70(g) (1988).*
178. *Col. Rev. Stat. Ann. 29-4-709 and 710.6 (1994).*
179. *GATT 1994 Agreement on Subsidies and Countervailing Measures Art. 8.2(b).*
180. *OECD, main Features of the FTA 60; see Working Group B, in OECD Documents 131-133.*
181. *Tex. Gov. Code 2303.402 (1996).*
182. *Cal. Gov. Code 7079 (1996).*
183. *Or. Rev. Stat. 285.597, 285.600 and 285.605 (1996).*
184. *Mont. Code Ann. 15-31-123.*
185. *74 Okl. Stat. Ann. 5063.23 (West 1996).*
186. *18 Okl. Stat. Ann. 903 (West 1996).*
187. *Ariz. Rev. Stat. 41-1505.07.*
188. *Jeremy Brecher, Countering Corporate Downsizing: A Survey of Proposals to Halt Layoffs and Job Degradation (Washington, D.C.: Preamble, 1996); Greg Leroy, No More Candy Store: States and Cities Making Job Subsidies Accountable (Chicago: Federation for Industrial Retention and Renewal, 1989).*
189. *OECD, main Features of the FTA 44-45; Working Group B, in OECD Documents 129.*
190. *Working Group C, in OECD Documents 142-143.*
191. *Ariz. Rev. Stat. 41-1505.07(H) (1995).*
192. *Conn. Gen. Stat. Ann. 32-5a and 32-223 (1995).*
193. *Iowa administrative statute 261-22.7(2)(a)-(b).*

194. NAFTA Art. 1106.4.

195. See, e.g., *European Commission, Report on United States Barriers to Trade and Investment* (Brussels 1994) 36-37; *Canada, Dept. of Foreign Affairs and International Trade, Register of United States Barriers to Trade* (Ottawa 1996) 13; *Japan, Subcommittee on Unfair Trade Policies and Measures, Industrial Structure Council, Report on Unfair Trade Policies* (Tokyo 1994) 19.

196. OECD, *main Features of the FTA* 51.

197. NAFTA Art. 1106.1 and 1106.3.

198. AGP Art. XXIII.

199. *General Notes, United States Appendix to the Agreement on Government Procurement*, 1; AGP, *United States Notes to Annex 2*, 2 and 3.

200. AGP, *Annex 2 reservations for individual states include Hawaii* (software developed in the state and construction), *Kansas* (construction, automobiles and aircraft), *Kentucky* (construction), *Mississippi* (services generally), *New York* (transit cars, buses and related equipment), *Oklahoma* (construction), *South Dakota* (beef), *Tennessee* (construction and services generally), and *Washington* (fuel, paper products, boats, ships and vessels).

201. OECD, *main Features of the FTA* 84.

202. NAFTA art. 1121.1

203. 19 U.S.C. 3312(b) and (c).

204. 19 U.S.C. 3312, 3512 (1996).

205. OECD, *main Features of the FTA* 79.

206. 19 U.S.C. 3312(b)(1).

207. *The 11th Amendment to the U.S. Constitution provides: "The Judicial power of the United States shall not be construed to extend to any suit in law or equity, commenced or prosecuted against one of the United States by Citizens of another State, or by citizens or Subjects of any Foreign State."*

208. *Seminole Tribe of Florida v. Florida et al.*, 116 S. Ct. 114, 1996 U.S. Lexis 2165, at *36 (decided March 27, 1996) overruling *Pennsylvania v. Union Gas Co.*, 491 U.S. 1, 105 S. Ct. 2273 (1989).

209. *Seminole Tribe of Florida v. Florida*, 1996 U.S. Lexis at 2165, at *47; citing *Ex parte Young*, 209 U.S. 123, 714 S. Ct. 441 (1908).

210. 19 U.S.C. 3312(a) (NAFTA); 19 U.S.C. 3512(a) (Uruguay Round of GATT).

211. OECD, *main Features of the FTA* 79.

212. U.S. Const., Art. II, 1. See Robert P. Deyling, *Free Trade Agreements and the Federal Courts: Emerging Issues*, 27 St. Mary's L.J. 353, 366-67 (1996); Demetrios G. Metropoulos, *Constitutional Dimensions of the North American Free Trade Agreement*, 27 Cornell Int'l L.J. 141, 159-71 (1994); Patricia Kelmar, *Binational Panels of the Canada-United States Free Trade Agreement in Action: The Constitutional Challenge Continues*, 27 Geo. Was. J. Int'l L. & Economy. 173, 190-95 (1993); Jim C. Chen, *Appointments with Disaster: The Unconstitutionality of Binational Arbitral Review under the United States - Canada Free-Trade Agreement*, 49 Wash. & Lee L. Rev. 1455, 1463-79 (1992).

213. *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 126 (1976).

214. U.S. Const., Art II, 2, cl. 2. See Jim C. Cohen, *Appointments with Disaster: The Unconstitutionality of Binational Arbitral Review under the United States - Canada Free-Trade Agreement*, 49 Wash. & Lee L.Rev. 1455, 1479-96 (1992); Alan Morrison, *Appointments Clause Problems in the Dispute Resolution Provisions of the United States-Canada Free Trade Agreement*, 49 Wash. & Lee L.Rev. 1299 (1992).

215. United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment" 6 (1996).

216. United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment"⁴ (1996). During NAFTA, months of work by state and federal agencies resulted in the listing of hundreds of country- and state-specific reservations. In the end, these reservations were so inconsistent that the USTR simply decided to reserve all existing state laws (as of January 1, 1994). However, these reservations served merely as a "grandfathering" mechanism to avoid conflicts with existing laws. They did not preserve the right of states to enact new laws in the reserved policy areas. The OECD considers this freezing of future lawmaking, or standstill, to be a minimum constraint for

accepting country-specific exceptions in the FTA. Going further, FTA negotiators have also proposed a rollback of laws protected by country-specific exceptions to ensure that these laws are covered by the FTA after a certain period of time. OECD, main Features of the FTA 64-65; Working Group A, in OECD Documents 119.

217. As an example of the need for consultation, the EU wants the right to maintain and alter its internal investment preferences without extending them to all other members of the FTA. The EU's arguments support state interest in retaining diversity in their investment preferences, yet the U.S. federal government opposes the EU position, arguing that it violates national treatment and would hamper the entry of American investors into European markets (United States Federal Government paper, "Multilateral Agreement on Investment" 3 (1996).

ภาคผนวก ค

สนธิสัญญาการลงทุนทวิภาคี

(Bilateral Investment Treaty)

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 ได้มีการทำสนธิสัญญาการลงทุน ในระดับทวิภาคี เพื่อคุ้มครองการลงทุน เรื่อยมา จนถึงปัจจุบัน นับได้ร่วมสามพัน สนธิสัญญา โดยมีรายการสนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้น เรียงตามลำดับปี ค.ศ. จนถึงปี ค.ศ. 1996 ดังต่อไปนี้

I. Chronological List of Bilateral Investment Treaties

Parties	Signature			Entry into Force		
1959						
Germany/Pakistan	Nov.	25,	1959	Nov.	28,	1962
Dominican Republic/Germany	Dec.	16,	1959	June	3,	1960
1960						
Germany/Malaysia	Dec.	22,	1960	July	6,	1963
1961						
Germany/Greece	Mar.	27,	1961	July	15,	1963
Germany/Togo	May	16,	1961	Dec.	21,	1964
Germany/Morocco	Aug.	31,	1961	Jan.	21,	1968
Switzerland/Tunisia	Dec.	2,	1961	Jan.	19,	1964
Germany/Liberia	Dec.	12,	1961	Oct.	22,	1967
Germany/Thailand	Dec.	13,	1961	Apr.	10,	1965
1962						
Niger/Switzerland	Mar.	28,	1962	Nov.	17,	1962
Germany/Guinea	Apr.	19,	1962	Mar.	13,	1965
Guinea/Switzerland	Apr.	26,	1962	July	29,	1963
Germany/Turkey	June	20,	1962	Dec.	16,	1965
Côte d'Ivoire/Switzerland	June	26,	1962	Nov.	18,	1962
Cameroon/Germany	June	29,	1962	Nov.	21,	1963
Senegal/Switzerland	Aug.	16,	1962	Aug.	13,	1964
Germany/Madagascar	Sep.	21,	1962	Mar.	21,	1966
Congo/Switzerland	Oct.	18,	1962	July	11,	1964

Parties	Signature			Entry into Force		
1963						
Cameroon/Switzerland	Jan.	28,	1963	Apr.	6,	1964
Germany/Sudan	Feb.	7,	1963	Nov.	24,	1967
Netherlands/Tunisia	May	23,	1963	Dec.	19,	1964
Liberia/Switzerland	July	23,	1963	Sep.	22,	1964
Rwanda/Switzerland	Oct.	15,	1963	Oct.	15,	1963
Germany/Sri Lanka	Nov.	8,	1963	Dec.	7,	1966
Germany/Tunisia	Dec.	20,	1963	Feb.	6,	1966
1964						
Switzerland/Togo	Jan.	17,	1964	Aug.	9,	1966
Germany/Senegal	Jan.	24,	1964	Jan.	16,	1966
Korea/Germany	Feb.	4,	1964	Jan.	15,	1967
Guinea/Italy	Feb.	20,	1964	Feb.	20,	1964
Madagascar/Switzerland	Mar.	17,	1964	Mar.	31,	1966
Belgium-Luxembourg/Tunisia	July	15,	1964	Mar.	9,	1966
Germany/Niger	Oct.	29,	1964	Jan.	10,	1966
1965						
Malta/Switzerland	Jan.	20,	1965	Feb.	23,	1965
Germany/Tanzania	Jan.	30,	1965	July	12,	1968
Germany/Sierra Leone	Apr.	8,	1965	Dec.	10,	1966
Côte d'Ivoire/Netherlands	Apr.	26,	1965	Sep.	8,	1966
Belgium-Luxembourg/Morocco	Apr.	28,	1965	Oct.	18,	1967
Switzerland/Tanzania	May	3,	1965	Sep.	16,	1965
Ecuador/Germany*	June	28,	1965	Nov.	30,	1966
Cameroon/Netherlands	July	6,	1965	May	7,	1966
Central African Republic/Germany	Aug.	23,	1965	Jan.	21,	1968
Côte d'Ivoire/Sweden	Aug.	27,	1965	Nov.	3,	1966
Costa Rica/Switzerland	Sep.	1,	1965	Aug.	18,	1966
Congo/Germany	Sep.	13,	1965	Oct.	14,	1967
Germany/Iran	Nov.	11,	1965	Apr.	6,	1968
1966						
Madagascar/Sweden	Apr.	2,	1966	June	23,	1967
Benin/Switzerland	Apr.	20,	1966	Oct.	6,	1973

Parties	Signature			Entry into Force		
Madagascar/Norway	May	13,	1966	Sep.	28,	1967
Côte d'Ivoire/Germany	Oct.	27,	1966	June	10,	1968
Germany/Uganda	Nov.	29,	1966	Aug.	19,	1968
Germany/Zambia	Dec.	10,	1966	Aug.	25,	1972
1967						
Chad/Switzerland	Feb.	21,	1967	Oct.	31,	1967
Senegal/Sweden	Feb.	24,	1967	Feb.	23,	1968
Chad/Germany	Apr.	11,	1967	Nov.	23,	1968
Germany/Rwanda	May	18,	1967	Feb.	28,	1969
Italy/Malta	July	28,	1967	Oct.	15,	1973
1968						
Denmark/Indonesia	Jan.	30,	1968	July	2,	1968
Ecuador/Switzerland	May	2,	1968	Sep.	11,	1969
Germany/Indonesia	Nov.	8,	1968	Apr.	19,	1971
Gabon/Italy	Nov.	18,	1968			
1969						
Germany/Zaire	Mar.	18,	1969	July	22,	1971
Burkina Faso/Switzerland	May	6,	1969	Sep.	15,	1969
Gabon/Germany	May	16,	1969	Mar.	29,	1971
Chad/Italy	June	11,	1969	June	11,	1969
Côte d'Ivoire/Italy	July	23,	1969			
1970						
Belgium-Luxembourg/Indonesia	Jan.	15,	1970	June	17,	1972
Netherlands/Tanzania	Apr.	14,	1970	July	28,	1972
Netherlands/Uganda	Apr.	24,	1970			
Netherlands/Sudan	Aug.	22,	1970	Mar.	27,	1972
Kenya/Netherlands	Sep.	11,	1970	June	11,	1979
1971						
Korea/Switzerland	Apr.	7,	1971	Apr.	7,	1971
Germany/Mauritius	May	25,	1971	Aug.	27,	1973
Malaysia/Netherlands	June	15,	1971	Sep.	13,	1972
Switzerland/Uganda	Aug.	23,	1971	May	8,	1972
Morocco/Netherlands	Dec.	23,	1971	July	27,	1978

Parties	Signature			Entry into Force		
1972						
Gabon/Switzerland	Jan.	28,	1972	Oct.	18,	1972
Switzerland/Zaire	Mar.	10,	1972	May	10,	1973
Netherlands/Singapore	May	16,	1972	Sep.	7,	1973
Netherlands/Thailand	June	6,	1972	Mar.	3,	1973
France/Tunisia	June	30,	1972	June	30,	1972
France/Zaire	Oct.	5,	1972	Mar.	1,	1975
1973						
Central African Republic/Switzerland	Feb.	28,	1973	July	4,	1973
France/Mauritius	Mar.	22,	1973	Apr.	1,	1974
France/Indonesia	June	14,	1973	Apr.	29,	1975
Egypt/Switzerland	July	25,	1973	June	4,	1974
Germany/Haiti	Aug.	14,	1973	Dec.	1,	1975
Germany/Singapore	Oct.	3,	1973	Oct.	1,	1975
1974						
Indonesia/Switzerland	Feb.	6,	1974	Apr.	9,	1976
Sudan/Switzerland	Feb.	17,	1974	Dec.	14,	1974
France/Yugoslavia	Mar.	28,	1974	Mar.	3,	1975
Germany/Yemen	June	21,	1974	Dec.	19,	1978
Egypt/Germany	July	5,	1974	July	22,	1978
Germany/Jordan	July	15,	1974	Oct.	10,	1977
Germany/Malta	Sep.	17,	1974	Dec.	14,	1975
Korea/Netherlands	Oct.	16,	1974	June	1,	1975
Belgium-Luxembourg/Korea	Dec.	20,	1974	Sep.	3,	1976
Egypt/France	Dec.	22,	1974	Oct.	1,	1975

- This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Ecuador and Germany, signed on March 21, 1996

Parties	Signature			Entry into Force		
1975						
France/Malaysia	Apr.	24,	1975	Sep.	1,	1976
Korea/Tunisia	May	23,	1975	Nov.	28,	1975

Parties	Signature			Entry into Force		
Egypt/United Kingdom	June	11,	1975	Feb.	24,	1976
France/Morocco*	July	15,	1975	Dec.	13,	1976
Singapore/United Kingdom	July	22,	1975	July	22,	1975
France/Singapore	Sep.	8,	1975	Oct.	18,	1976
1976						
Netherlands/Yugoslavia	Feb.	16,	1976	Apr.	1,	1977
Korea/United Kingdom	Mar.	4,	1976	Mar.	4,	1976
Belgium-Luxembourg/Zaire	Mar.	28,	1976	Jan.	1,	1977
Indonesia/United Kingdom	Apr.	27,	1976	Mar.	24,	1977
Egypt/Romania**	May	10,	1976	Jan.	22,	1977
Egypt/Morocco	June	3,	1976			
France/Philippines***	June	14,	1976	July	1,	1976
Germany/Israel	June	24,	1976	Prov. in force		
France/Malta	Aug.	11,	1976	Jan.	1,	1978
Mauritania/Switzerland	Sep.	9,	1976	May	30,	1978
Austria/Romania	Sep.	30,	1976	Nov.	8,	1977
Egypt/Netherlands****	Oct.	30,	1976	Jan.	1,	1978
Jordan/Switzerland	Nov.	11,	1976	Mar.	2,	1977
France/Romania*	Dec.	16,	1976	Aug.	1,	1978
1977						
Egypt/Japan	Jan.	28,	1977	Jan.	14,	1978
Belgium-Luxembourg/Egypt	Feb.	28,	1977	Sep.	20,	1978
Egypt/Sudan	May	28,	1977			
Egypt/Yugoslavia	June	3,	1977			
Switzerland/Syria	June	22,	1977	Aug.	10,	1978
Germany/Mali	June	28,	1977	May	16,	1980
Germany/Syria	Aug.	2,	1977	Apr.	20,	1980
France/Syria	Nov.	28,	1977	Mar.	1,	1980
France/Korea	Dec.	28,	1977	Feb.	1,	1979
1978						
Pakistan/Romania	Jan.	21,	1978	Oct.	31,	1978
France/Jordan	Feb.	23,	1978	Oct.	18,	1979
Malaysia/Switzerland	Mar.	1,	1978	June	9,	1978

Parties	Signature			Entry into Force		
Singapore/Switzerland	Mar.	6,	1978	May	3,	1978
Mali/Switzerland	Mar.	8,	1978	Dec.	8,	1978
Belgium-Luxembourg/Romania	May	8,	1978	May	1,	1980
Benin/Germany	June	29,	1978	July	18,	1985
Egypt/Sweden	July	15,	1978	Jan.	29,	1979
France/Sudan	July	31,	1978	July	5,	1980
El Salvador/France	Sep.	20,	1978	Dec.	12,	1992
Slovenia/Sweden	Nov.	10,	1978	Nov.	21,	1979
Sweden/Yugoslavia	Nov.	10,	1978	Nov.	21,	1979
Belgium-Luxembourg/Singapore	Nov.	17,	1978	Nov.	27,	1980
Thailand/United Kingdom	Nov.	28,	1978	Aug.	11,	1979
France/Paraguay	Nov.	30,	1978	Dec.	11,	1980
1979						
Gabon/Morocco	Jan.	13,	1979			
Malaysia/Sweden	Mar.	3,	1979	July	6,	1979
France/Liberia	Mar.	23,	1979	Jan.	22,	1982
Gabon/Romania	Apr.	11,	1979	Sep.	18,	1982
Germany/Oman	June	25,	1979	Feb.	4,	1986
Netherlands/Senegal	Aug.	3,	1979	May	5,	1981
Jordan/United Kingdom	Oct.	10,	1979	Apr.	24,	1980
Germany/Romania**	Oct.	12,	1979	Jan.	10,	1981
Belgium-Luxembourg/Malaysia	Nov.	22,	1979	Feb.	8,	1982
1980						
Sri Lanka/United Kingdom	Feb.	13,	1980	Dec.	18,	1980
Belgium-Luxembourg/Cameroon	Mar.	27,	1980	Nov.	1,	1981
Korea/Sri Lanka	Mar.	28,	1980	July	15,	1980
France/Sri Lanka	Apr.	10,	1980	Apr.	19,	1982
Egypt/Finland	May	5,	1980	Feb.	1,	1982
Senegal/United Kingdom	May	7,	1980	Feb.	9,	1984
Singapore/Sri Lanka	May	9,	1980	Sep.	30,	1980
Bangladesh/United Kingdom	June	19,	1980	June	19,	1980
Romania/Senegal	June	19,	1980	May	20,	1984
Cameroon/Romania	Aug.	30,	1980	Dec.	16,	1981

Parties	Signature			Entry into Force		
Germany/Portugal	Sep.	16,	1980	Apr.	23,	1982
Germany/Papua New Guinea	Nov.	12,	1980	Nov.	3,	1983
Philippines/United Kingdom	Dec.	3,	1980	Jan.	2,	1981
1981						
Romania/Sri Lanka	Feb.	9,	1981	June	3,	1982
Lesotho/United Kingdom	Feb.	18,	1981	Feb.	18,	1981
Pakistan/Sweden	Mar.	12,	1981	June	14,	1981
Bangladesh/Germany	May	6,	1981	Sep.	14,	1986
Papua New Guinea/United Kingdom	May	14,	1981	Dec.	22,	1981
Austria/Bulgaria	May	15,	1981			
Malaysia/United Kingdom	May	21,	1981	Oct.	21,	1988
Bangladesh/Belgium-Luxembourg	May	22,	1981	Sep.	14,	1987
Paraguay/United Kingdom	June	4,	1981	Apr.	23,	1992
Sri Lanka/Switzerland	Sep.	23,	1981	Feb.	12,	1982
Germany/Somalia	Nov.	27,	1981	Feb.	15,	1985
Sierra Leone/United Kingdom	Dec.	8,	1981			
1982						
United Kingdom/Yemen	Feb.	25,	1982	Nov.	11,	1983
Japan/Sri Lanka	Mar.	1,	1982	Aug.	7,	1982
Equatorial Guinea/France	Mar.	3,	1982	Sep.	23,	1983
China/Sweden	Mar.	29,	1982	Mar.	29,	1982
Belgium-Luxembourg/Sri Lanka	Apr.	5,	1982	Apr.	26,	1984
Malaysia/Sri Lanka	Apr.	16,	1982	Oct.	31,	1985
Belize/United Kingdom	Apr.	30,	1982	Apr.	30,	1982
Sri Lanka/Sweden	Apr.	30,	1982	Apr.	30,	1982
Cameroon/United Kingdom	June	4,	1982	June	7,	1985
Costa Rica/United Kingdom	Sep.	7,	1982			
Egypt/United States	Sep.	29,	1982	June	27,	1992
Panama/United States	Oct.	27,	1982	May	30,	1991
France/Panama	Nov.	5,	1982	Oct.	9,	1985
Germany/Lesotho	Nov.	11,	1982	Aug.	17,	1985
Malaysia/Romania	Nov.	26,	1982	July	20,	1984
Germany/Mauritania	Dec.	8,	1982	Apr.	26,	1986

Parties	Signature			Entry into Force		
1983						
St. Lucia/United Kingdom	Jan.	18,	1983	Jan.	18,	1983
Kuwait/Pakistan	Mar.	17,	1983			
France/Nepal	May	2,	1983	June	13,	1985
France/Pakistan	June	1,	1983	Dec.	14,	1984
France/Israel	June	9,	1983	Jan.	11,	1985
China/Germany	Oct.	7,	1983	Mar.	18,	1985
Panama/United Kingdom	Oct.	7,	1983	Nov.	7,	1983
Panama/Switzerland	Oct.	19,	1983	Aug.	22,	1985
Sweden/Yemen	Oct.	29,	1983	Feb.	23,	1984
Belgium-Luxembourg/Rwanda	Nov.	2,	1983	Aug.	1,	1985
Germany/Panama	Nov.	2,	1983	Mar.	10,	1989
Belgium-Luxembourg/Mauritania	Nov.	23,	1983			
Senegal/United States	Dec.	6,	1983	Oct.	25,	1990
Haiti/United States	Dec.	12,	1983			
1984						
Bulgaria/Finland	Feb.	16,	1984	July	16,	1985
Costa Rica/France	Mar.	8,	1984			
Netherlands/Sri Lanka	Apr.	26,	1984	May	1,	1985
France/Yemen	Apr.	27,	1984	July	19,	1991
Senegal/Tunisia	May	17,	1984			
France/Haiti	May	23,	1984	Mar.	25,	1985
China/France	May	30,	1984	Mar.	19,	1985
Belgium-Luxembourg/China	June	4,	1984	Oct.	5,	1986
Bulgaria/Malta	June	12,	1984	Feb.	7,	1985
Korea/Senegal	July	12,	1984	Sep.	2,	1985
United States/Zaire	Aug.	3,	1984	July	28,	1989
China/Finland	Sep.	4,	1984	Jan.	26,	1986
Burundi/Germany	Sep.	10,	1984	Dec.	9,	1987
Malta/Netherlands	Sep.	10,	1984	July	1,	1985
Sweden/Tunisia	Sep.	15,	1984	May	13,	1985
Dominica/Germany	Oct.	1,	1984	May	11,	1986
Malaysia/Norway	Nov.	6,	1984	Jan.	7,	1986

Parties	Signature			Entry into Force		
China/Norway	Nov.	21,	1984	July	10,	1985
1985						
China/Italy	Jan.	28,	1985	Aug.	28,	1987
Netherlands/Philippines	Feb.	27,	1985	Oct.	1,	1987
China/Thailand	Mar.	12,	1985	Dec.	13,	1985
Germany/St. Lucia	Mar.	16,	1985	July	22,	1987
Haiti/United Kingdom	Mar.	18,	1985	Mar.	27,	1995

* This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and Morocco, signed on July 13, 1996.

** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Egypt and Romania, signed on November 24, 1994.

*** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and the Philippines, signed on September 13, 1994.

****This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Egypt and the Netherlands, signed on January 17, 1996.

* This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between France and Romania, signed on March 21, 1995.

** This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Germany and Romania, signed on June 25, 1996.

Parties	Signature			Entry into Force		
Netherlands/Yemen	Mar.	18,	1985	Sep.	1,	1986
Austria/Malaysia	Apr.	12,	1985	Jan.	1,	1987
Finland/Malaysia	Apr.	15,	1985	Jan.	3,	1988
Finland/Sri Lanka	Apr.	27,	1985	Oct.	25,	1987
China/Denmark	Apr.	29,	1985	Apr.	29,	1985
Denmark/Sri Lanka	June	4,	1985	June	4,	1985
Belgium-Luxembourg/Liberia	June	5,	1985			
Norway/Sri Lanka	June	13,	1985	June	13,	1985

Parties	Signature			Entry into Force		
China/Netherlands	June	17,	1985	Feb.	1,	1987
Morocco/United States	July	22,	1985	May	29,	1991
Bangladesh/France	Sep.	10,	1985	Oct.	3,	1986
Austria/China	Sep.	12,	1985	Oct.	11,	1986
Italy/Tunisia	Oct.	17,	1985	June	24,	1989
China/Singapore	Nov.	21,	1985	Feb.	7,	1986
China/Kuwait	Nov.	23,	1985	Dec.	24,	1986
Turkey/United States	Dec.	3,	1985	May	18,	1990
Morocco/Switzerland	Dec.	17,	1985	Apr.	12,	1991
1986						
Mali/Tunisia	Feb.	1,	1986			
Cameroon/United States	Feb.	26,	1986	Apr.	6,	1989
Mauritania/Tunisia	Mar.	1,	1986			
Bangladesh/United States	Mar.	12,	1986	July	25,	1989
China/Sri Lanka	Mar.	13,	1986	Mar.	25,	1987
Belgium-Luxembourg/Thailand	Mar.	19,	1986			
Germany/St. Vincent and Grenadines	Mar.	25,	1986	Jan.	8,	1989
Netherlands/Turkey	Mar.	27,	1986	Nov.	1,	1989
Bulgaria/Germany	Apr.	12,	1986	Mar.	10,	1988
Germany/Hungary	Apr.	30,	1986	Nov.	7,	1987
Grenada/United States	May	2,	1986	Mar.	3,	1989
Belgium-Luxembourg/Hungary	May	14,	1986	Sep.	23,	1988
China/United Kingdom	May	15,	1986	May	15,	1986
Mauritius/United Kingdom	May	20,	1986	Oct.	13,	1986
Bangladesh/Korea	June	18,	1986	Oct.	6,	1988
Belgium-Luxembourg/Turkey	Aug.	27,	1986	May	4,	1990
Malta/United Kingdom	Oct.	4,	1986	Oct.	4,	1986
Germany/Nepal	Oct.	20,	1986	July	7,	1988
France/Hungary	Nov.	6,	1986	Sep.	30,	1987
China/Switzerland	Nov.	12,	1986	Mar.	18,	1987
1987						
Jamaica/United Kingdom	Jan.	20,	1987	May	14,	1987
Dominica/United Kingdom	Jan.	23,	1987	Jan.	23,	1987

Parties	Signature			Entry into Force		
Hungary/Italy	Feb.	17,	1987	Feb.	23,	1990
Belgium-Luxembourg/Malta	Mar.	5,	1987	Apr.	12,	1993
Hungary/United Kingdom	Mar.	9,	1987	Aug.	28,	1987
Bangladesh/Romania	Mar.	13,	1987	Oct.	31,	1987
Bolivia/Germany	Mar.	23,	1987	Nov.	9,	1990
Italy/Sri Lanka	Mar.	25,	1987	Mar.	20,	1990
Hungary/Sweden	Apr.	21,	1987	Apr.	21,	1987
Germany/Uruguay	May	4,	1987	June	29,	1990
Belgium-Luxembourg/Poland	May	19,	1987	Aug.	2,	1981
Antigua and Barbuda/United Kingdom	June	12,	1987	June	12,	1987
Hungary/Netherlands	Sep.	2,	1987	June	1,	1988
Togo/Tunisia	Sep.	13,	1987			
Netherlands/Oman	Sep.	19,	1987	Feb.	1,	1989
Romania/Tunisia	Sep.	23,	1987	Feb.	4,	1989
Bolivia/Switzerland	Nov.	6,	1987	May	13,	1991
Bangladesh/Turkey	Nov.	12,	1987	June	21,	1990
Bulgaria/Cyprus	Nov.	12,	1987	May	22,	1988
Kuwait/Malaysia	Nov.	21,	1987			
Benin/United Kingdom	Nov.	27,	1987	Nov.	27,	1987
Poland/United Kingdom	Dec.	8,	1987	Apr.	14,	1988
Italy/Kuwait	Dec.	17,	1987	May	21,	1990
1988						
Italy/Malaysia	Jan.	4,	1988	Oct.	25,	1990
Grenada/United Kingdom	Feb.	25,	1988	Feb.	25,	1988
Switzerland/Turkey	Mar.	3,	1988	Feb.	21,	1990
Bulgaria/Netherlands	Mar.	8,	1988	May	24,	1990
Bangladesh/Thailand	Mar.	13,	1988			
Mauritania/Romania	Mar.	14,	1988	Dec.	19,	1989
Korea/Malaysia	Apr.	11,	1988	Mar.	31,	1989
Denmark/Hungary	May	2,	1988	Oct.	1,	1988
Bolivia/United Kingdom	May	24,	1988	Feb.	16,	1990
Korea/Pakistan	May	24,	1988	Apr.	15,	1990
Austria/Hungary	May	26,	1988	Sep.	1,	1989

Parties	Signature			Entry into Force		
Denmark/Korea	June	2,	1988	June	2,	1988
Finland/Hungary	June	6,	1988	May	12,	1989
China/Poland	June	7,	1988	Jan.	8,	1989
Italy/Philippines	June	17,	1988	Nov.	4,	1993
Australia/China	July	11,	1988	July	11,	1988
China/Japan	Aug.	27,	1988	May	14,	1989
Austria/Turkey	Sep.	16,	1988	Jan.	1,	1992
Netherlands/Uruguay	Sep.	22,	1988	Aug.	1,	1991
Netherlands/Pakistan	Oct.	4,	1988	Oct.	1,	1989
Hungary/Switzerland	Oct.	5,	1988	May	16,	1989
Switzerland/Uruguay	Oct.	7,	1988	Apr.	22,	1991
Morocco/Portugal	Oct.	18,	1988	Mar.	22,	1995
Belgium-Luxembourg/Bulgaria	Oct.	25,	1988	May	29,	1991
Kuwait/Turkey	Oct.	27,	1988	Apr.	25,	1992
China/Malaysia	Nov.	21,	1988	Mar.	31,	1990
China/New Zealand	Nov.	22,	1988	Mar.	25,	1989
Austria/Poland	Nov.	24,	1988	Nov.	1,	1989
Bulgaria/Italy	Dec.	5,	1988	Dec.	27,	1990
Hungary/Korea	Dec.	28,	1988	Jan.	1,	1989
1989						
Italy/Korea	Jan.	10,	1989	June	25,	1992
Finland/Russian Federation	Feb.	8,	1989	Aug.	15,	1991
Belgium-Luxembourg/Russian Federation	Feb.	9,	1989	Oct.	13,	1991
China/Pakistan	Feb.	12,	1989	Sep.	30,	1990
France/Poland	Feb.	14,	1989	Feb.	10,	1990
Egypt/Italy	Mar.	2,	1989			
Tunisia/United Kingdom	Mar.	14,	1989	Jan.	4,	1990
Ghana/United Kingdom	Mar.	22,	1989	Oct.	25,	1991
Korea/Thailand	Mar.	24,	1989	Sep.	30,	1989
Ghana/Netherlands	Mar.	31,	1989	July	1,	1991
Bulgaria/France	Apr.	5,	1989	May	1,	1990
Russian Federation/United Kingdom	Apr.	6,	1989	July	3,	1991
Belgium-Luxembourg/Burundi	Apr.	13,	1989	Sep.	12,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Czech Republic	Apr.	24,	1989	Feb.	13,	1992
Belgium-Luxembourg/Slovak Republic	Apr.	24,	1989	Feb.	13,	1992
Italy/Poland	May	10,	1989	Jan.	10,	1993
Cyprus/Hungary	May	24,	1989	May	25,	1990
Congo/United Kingdom	May	25,	1989	Nov.	9,	1990
Greece/Hungary	May	26,	1989	Feb.	1,	1992
Germany/Russian Federation	June	13,	1989	Aug.	5,	1991
Bulgaria/China	June	27,	1989	Aug.	21,	1994
France/Russian Federation	July	4,	1989	July	18,	1991
Germany/Yugoslavia	July	10,	1989	Oct.	25,	1990
Hungary/Uruguay	Aug.	25,	1989	July	1,	1992
Ghana/Romania	Sep.	14,	1989			
France/Kuwait	Sep.	27,	1989	May	16,	1991
Morocco/Spain	Sep.	27,	1989	Jan.	15,	1992
Netherlands/Russian Federation	Oct.	5,	1989	July	20,	1991
China/Ghana	Oct.	12,	1989			
Poland/Sweden	Oct.	13,	1989	Jan.	4,	1990
Bulgaria/Ghana	Oct.	20,	1989			
Austria/Yugoslavia	Oct.	25,	1989	June	1,	1991
Bolivia/France	Oct.	25,	1989			
Guyana/United Kingdom	Oct.	27,	1989	Apr.	11,	1990
Korea/Poland	Nov.	1,	1989	Feb.	2,	1990
Poland/Switzerland	Nov.	8,	1989	Apr.	17,	1990
Hungary/Kuwait	Nov.	8,	1989	Mar.	1,	1994
Hungary/Spain	Nov.	9,	1989	Aug.	1,	1992
Germany/Poland	Nov.	10,	1989	Feb.	24,	1991
Canada/Russian Federation	Nov.	20,	1989	June	27,	1991
Italy/Russian Federation*	Nov.	30,	1989	July	8,	1991
Germany/Guyana	Dec.	6,	1989	Mar.	8,	1994
France/Lao PDR	Dec.	12,	1989	Mar.	8,	1991
1990						
Cape Verde/Germany	Jan.	18,	1990	Dec.	15,	1993
Denmark/Turkey	Feb.	7,	1990	Aug.	1,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Congo/United States	Feb.	12,	1990	Aug.	13,	1994

*This treaty will terminate on the entry into force of the new treaty between Italy and the Russian Federation, signed on April 9, 1996.

Parties	Signature			Entry into Force		
Italy/Uruguay	Feb.	21,	1990			
France/Nigeria	Feb.	27,	1990	Aug.	19,	1991
Kuwait/Poland	Mar.	5,	1990	Dec.	18,	1993
Bangladesh/Italy	Mar.	20,	1990	Sep.	20,	1994
Poland/United States	Mar.	21,	1990	Aug.	6,	1994
Germany/Swaziland	Apr.	5,	1990	Aug.	7,	1995
Finland/Poland	Apr.	5,	1990	Mar.	29,	1991
Canada/Poland	Apr.	6,	1990	Nov.	22,	1990
Bolivia/Spain	Apr.	24,	1990	May	12,	1992
Belgium-Luxembourg/Bolivia	Apr.	25,	1990			
Bolivia/Italy	Apr.	30,	1990	Feb.	22,	1992
Denmark/Poland	May	1,	1990	Oct.	30,	1990
Tunisia/United States	May	15,	1990	Feb.	7,	1993
Italy/Vietnam	May	18,	1990	May	6,	1994
Argentina/Italy	May	22,	1990	Oct.	14,	1993
Italy/Venezuela	June	5,	1990			
Norway/Poland	June	5,	1990	Oct.	24,	1990
Argentina/Belgium-Luxembourg	June	28,	1990	Aug.	26,	1992
Czech Republic/United Kingdom	July	10,	1990	Oct.	26,	1992
Slovak Republic/United Kingdom	July	10,	1990	Oct.	26,	1992
Italy/Morocco	July	18,	1990			
Korea/Zaire	July	19,	1990			
China/Russian Federation	July	21,	1990			
Korea/Romania	Aug.	7,	1990			
Lao PDR/Thailand	Aug.	22,	1990			
Indonesia/Singapore	Aug.	28,	1990	Aug.	28,	1990
Australia/Papua New Guinea	Sep.	3,	1990	Oct.	20,	1991
Burundi/United Kingdom	Sep.	13,	1990	Sep.	13,	1990

Parties	Signature			Entry into Force		
France/Czech Republic	Sep.	13,	1990	Sep.	27,	1991
France/Slovak Republic	Sep.	13,	1990	Sep.	27,	1991
Bolivia/Sweden	Sep.	20,	1990	July	3,	1992
Morocco/Sweden	Sep.	26,	1990	Prov. in force		
Czech Republic/Germany	Oct.	2,	1990	Aug.	2,	1992
Germany/Slovak Republic	Oct.	2,	1990	Aug.	2,	1992
Czech Republic/Switzerland	Oct.	5,	1990	Aug.	7,	1991
Slovak Republic/Switzerland	Oct.	5,	1990	Aug.	7,	1991
Austria/Czech Republic	Oct.	15,	1990	Oct.	1,	1991
Austria/Slovak Republic	Oct.	15,	1990	Oct.	1,	1991
Cape Verde/Portugal	Oct.	26,	1990	Oct.	4,	1991
Spain/Russian Federation	Oct.	26,	1990	Nov.	28,	1991
Morocco/United Kingdom	Oct.	30,	1990	Prov. in force		
Czech Republic/Finland	Nov.	6,	1990	Oct.	23,	1991
Finland/Slovak Republic	Nov.	6,	1990	Oct.	23,	1991
Czech Republic/Sweden	Nov.	13,	1990	Sep.	23,	1991
Slovak Republic/Sweden	Nov.	13,	1990	Sep.	23,	1991
China/Turkey	Nov.	13,	1990	Aug.	19,	1994
Canada/Czech Republic	Nov.	15,	1990	Mar.	9,	1992
Canada/Slovak Republic	Nov.	15,	1990	Mar.	9,	1992
Romania/Uruguay	Nov.	23,	1990	Aug.	29,	1993
Guinea/Tunisia	Nov.	28,	1990			
Russian Federation/Switzerland	Dec.	1,	1990	Aug.	26,	1991
Italy/Romania	Dec.	6,	1990	Mar.	14,	1995
Egypt/Tunisia	Dec.	8,	1990			
Argentina/United Kingdom	Dec.	11,	1990	Feb.	19,	1993
Jamaica/Switzerland	Dec.	11,	1990	Nov.	21,	1991
Nigeria/United Kingdom	Dec.	11,	1990	Dec.	11,	1990
Czech Republic/Spain	Dec.	12,	1990	Nov.	28,	1991
Slovak Republic/Spain	Dec.	12,	1990	Nov.	28,	1991
Korea/Russian Federation	Dec.	14,	1990	July	10,	1991
Russian Federation/Turkey	Dec.	14,	1990			
1991						

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Vietnam	Jan.	24,	1991			
Romania/Turkey	Jan.	24,	1991			
Indonesia/Korea	Feb.	16,	1991	Mar.	10,	1994
Belgium-Luxembourg/Cyprus	Feb.	26,	1991			
Australia/Vietnam	Mar.	5,	1991	Sep.	11,	1991
Czech Republic/Denmark	Mar.	6,	1991	Sep.	19,	1992
Denmark/Slovak Republic	Mar.	6,	1991	Sep.	19,	1992
Austria/Korea	Mar.	14,	1991	Nov.	1,	1991
Turkey/United Kingdom	Mar.	15,	1991			
Korea/Mongolia	Mar.	28,	1991	Apr.	30,	1991
Hungary/Norway	Apr.	8,	1991	Dec.	4,	1992
Argentina/Germany	Apr.	9,	1991	Nov.	8,	1993
Argentina/Switzerland	Apr.	12,	1991	Nov.	6,	1992
China/Papua New Guinea	Apr.	12,	1991	Feb.	12,	1993
Jamaica/Netherlands	Apr.	18,	1991	Aug.	1,	1992
Algeria/Belgium-Luxembourg	Apr.	24,	1991			
Indonesia/Italy	Apr.	25,	1991	June	24,	1995
Greece/Zaire	Apr.	26,	1991			
Czech Republic/Netherlands	Apr.	29,	1991	Oct.	1,	1992
Netherlands/Slovak Republic	Apr.	29,	1991	Oct.	1,	1992
Australia/Poland	May	7,	1991	Mar.	27,	1992
Hungary/Israel	May	14,	1991	Sep.	14,	1992
Korea/Turkey	May	14,	1991	June	4,	1994
Canada/Uruguay	May	16,	1991			
Algeria/Italy	May	18,	1991	Nov.	26,	1993
Czech Republic/Norway	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Kuwait/Romania	May	21,	1991	July	26,	1992
Norway/Slovak Republic	May	21,	1991	Aug.	6,	1992
Israel/Poland	May	22,	1991	May	6,	1992
Spain/Tunisia	May	28,	1991	June	20,	1994
China/Hungary	May	29,	1991	Apr.	1,	1993
Tunisia/Turkey	May	29,	1991	Feb.	7,	1993
Czech Republic/Greece	June	3,	1991	Dec.	31,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Norway/Romania	June	11,	1991	Mar.	23,	1992
Guinea-Bissau/Portugal	June	24,	1991			
Germany/Mongolia	June	26,	1991	June	23,	1996
Argentina/France	July	3,	1991	Mar.	3,	1993
Cyprus/Romania	July	26,	1991	July	25,	1993
Argentina/Poland	July	31,	1991	Sep.	1,	1992
Albania/Greece	Aug.	1,	1991	July	4,	1995
Argentina/Chile	Aug.	2,	1991	Jan.	1,	1995
Poland/Uruguay	Aug.	2,	1991	Oct.	21,	1994
Australia/Hungary	Aug.	15,	1991	May	10,	1992
Poland/Turkey	Aug.	21,	1991	Aug.	19,	1994
China/Mongolia	Aug.	26,	1991	Nov.	1,	1993
Israel/Romania	Sep.	2,	1991	Aug.	26,	1992
Austria/Cape Verde	Sep.	3,	1991	Apr.	1,	1993
France/United Arab Emirates	Sep.	9,	1991			
Albania/Italy	Sep.	12,	1991			
Greece/Romania	Sep.	16,	1991	Oct.	21,	1992
Sri Lanka/United States	Sep.	20,	1991	May	1,	1993
Chile/Spain	Oct.	2,	1991	Mar.	29,	1994
Argentina/Spain	Oct.	3,	1991	Sep.	28,	1992
Canada/Hungary	Oct.	3,	1991	Nov.	21,	1993
Mongolia/United Kingdom	Oct.	4,	1991	Oct.	4,	1991
Ghana/Switzerland	Oct.	8,	1991	June	16,	1993
Malaysia/United Arab Emirates	Oct.	11,	1991			
Hungary/Thailand	Oct.	18,	1991	Oct.	18,	1991
Oman/Tunisia	Oct.	19,	1991			
Chile/Germany	Oct.	21,	1991			
United Kingdom/Uruguay	Oct.	21,	1991			
Czech Republic/United States	Oct.	22,	1991	Dec.	19,	1992
Netherlands/Venezuela	Oct.	22,	1991	Nov.	1,	1993
Slovak Republic/United States	Oct.	22,	1991	Dec.	19,	1992
Indonesia/Vietnam	Oct.	25,	1991			
Bulgaria/Switzerland	Oct.	28,	1991	Oct.	26,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Cape Verde/Switzerland	Oct.	28,	1991	May	6,	1992
Bahrain/United Kingdom	Oct.	30,	1991	Oct.	30,	1991
Thailand/Vietnam	Oct.	30,	1991			
Albania/Germany	Oct.	31,	1991	Aug.	18,	1995
Belgium-Luxembourg/Uruguay	Nov.	4,	1991			
Argentina/Canada	Nov.	5,	1991	Apr.	29,	1993
Denmark/Estonia	Nov.	6,	1991	Feb.	24,	1993
France/Mongolia	Nov.	8,	1991	Dec.	22,	1993
Cape Verde/Netherlands	Nov.	11,	1991	Nov.	25,	1992
Chile/Switzerland	Nov.	11,	1991			
Argentina/United States	Nov.	14,	1991	Oct.	20,	1994
Peru/Thailand	Nov.	15,	1991	Nov.	15,	1991
Argentina/Sweden	Nov.	22,	1991	Sep.	28,	1992
Peru/Switzerland	Nov.	22,	1991	Nov.	23,	1993
Indonesia/Norway	Nov.	26,	1991	Oct.	1,	1994
China/Czech Republic	Dec.	4,	1991	Dec.	1,	1992
China/Slovak Republic	Dec.	4,	1991	Dec.	1,	1992
Hungary/Morocco	Dec.	12,	1991			
1992						
Denmark/Malaysia	Jan.	6,	1992	Sep.	18,	1992
Denmark/Ghana	Jan.	13,	1992	Jan.	6,	1995
Hungary/Turkey	Jan.	14,	1992	Nov.	1,	1994
Malaysia/Vietnam	Jan.	21,	1992			
Paraguay/Switzerland	Jan.	31,	1992	Sep.	28,	1992
China/Portugal	Feb.	3,	1992			
China/Spain	Feb.	6,	1992	May	1,	1993
Japan/Turkey	Feb.	12,	1992	Mar.	12,	1993
Estonia/Finland	Feb.	13,	1992	Dec.	3,	1992
Philippines/Vietnam	Feb.	27,	1992			
Germany/Lithuania	Feb.	28,	1992	Prov. in force		
Hungary/Portugal	Feb.	28,	1992			
Belgium-Luxembourg/Mongolia	Mar.	3,	1992			
Finland/Latvia	Mar.	5,	1992	Dec.	7,	1992

Parties	Signature			Entry into Force		
Bolivia/Netherlands	Mar.	10,	1992	Nov.	1,	1994
Latvia/Sweden	Mar.	10,	1992	Nov.	6,	1992
China/Uzbekistan	Mar.	13,	1992	Apr.	14,	1994
Lithuania/Sweden	Mar.	17,	1992	Sep.	1,	1992
Finland/Romania	Mar.	26,	1992	Jan.	6,	1993
Cyprus/Greece	Mar.	30,	1992	Feb.	26,	1993
Denmark/Latvia	Mar.	30,	1992	Nov.	18,	1994
Denmark/Lithuania	Mar.	30,	1992	Jan.	8,	1993
Estonia/Sweden	Mar.	31,	1992	May	20,	1992
Spain/Uruguay	Apr.	7,	1992	May	6,	1994
France/Lithuania	Apr.	23,	1992	Jan.	11,	1995
Belarus/Poland	Apr.	24,	1992	Jan.	18,	1993
Czech Republic/Korea	Apr.	27,	1992	Mar.	16,	1995
Kyrgyz Republic/Turkey	Apr.	28,	1992	Sep.	28,	1995
Turkey/Uzbekistan	Apr.	28,	1992	May	18,	1995
Czech Republic/Turkey	Apr.	30,	1992			
Kazakstan/Turkey	May	1,	1992			
Turkey/Turkmenistan	May	2,	1992			
Argentina/Turkey	May	8,	1992	May	1,	1995
Bolivia/China	May	8,	1992			
Argentina/Egypt	May	11,	1992	Dec.	3,	1993
Portugal/Tunisia	May	11,	1992	Dec.	6,	1994
Indonesia/Tunisia	May	13,	1992			
China/Kyrgyz Republic	May	14,	1992			
Estonia/France	May	14,	1992	Sep.	23,	1995
Finland/Ukraine	May	14,	1992	Jan.	30,	1994
France/Latvia	May	15,	1992	Oct.	1,	1994
Kazakstan/United States	May	19,	1992	Jan.	12,	1994
Hungary/Indonesia	May	20,	1992	Feb.	13,	1996
France/Vietnam	May	26,	1992			
Romania/United States	May	28,	1992	Jan.	15,	1994
Albania/Turkey	June	1,	1992			
Cyprus/Poland	June	4,	1992	July	6,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Niger/Tunisia	June	5,	1992			
Finland/Lithuania	June	12,	1992	Jan.	8,	1993
Estonia/Norway	June	15,	1992	June	15,	1992
Korea/Uzbekistan	June	16,	1992	Nov.	20,	1992
Latvia/Norway	June	16,	1992	Dec.	1,	1992
Lithuania/Norway	June	16,	1992	Dec.	19,	1992
Argentina/Tunisia	June	17,	1992	Jan.	23,	1995
Russian Federation/United States	June	17,	1992			
China/Greece	June	25,	1992	Dec.	21,	1993
Jordan/Romania	July	2,	1992			
Switzerland/Vietnam	July	3,	1992	Dec.	3,	1992
Armenia/China	July	4,	1992			
Belarus/Vietnam	July	8,	1992			
Chile/France	July	14,	1992			
Belgium-Luxembourg/Chile	July	15,	1992			
China/Philippines	July	20,	1992			
Poland/Spain	July	30,	1992	May	1,	1993
Georgia/Turkey	July	31,	1992	June	6,	1995
Argentina/Austria	Aug.	7,	1992	Jan.	1,	1995
China/Kazakstan	Aug.	10,	1992	Aug.	13,	1994
Moldova/Romania	Aug.	14,	1992			
Netherlands/Poland	Sep.	7,	1992	Feb.	1,	1994
Indonesia/Sweden	Sep.	17,	1992	Feb.	18,	1993
Albania/Switzerland	Sep.	22,	1992	Apr.	30,	1993
Germany/Kazakstan	Sep.	22,	1992	May	10,	1995
Armenia/United States	Sep.	23,	1992			
Bulgaria/United States	Sep.	23,	1992	June	2,	1994
Hungary/Poland	Sep.	23,	1992	June	16,	1995
Germany/Jamaica	Sep.	24,	1992	May	29,	1996
Lithuania/Poland	Sep.	28,	1992	Aug.	6,	1993
Finland/Kazakstan	Sep.	29,	1992			
China/Korea	Sep.	30,	1992	Dec.	4,	1992
Finland/Uzbekistan	Oct.	1,	1992	Oct.	22,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Poland/Russian Federation	Oct.	2,	1992			
Belgium-Luxembourg/Paraguay	Oct.	6,	1992			
Indonesia/Poland	Oct.	6,	1992	July	1,	1993
Greece/Poland	Oct.	14,	1992	Feb.	20,	1995
Argentina/Netherlands	Oct.	20,	1992	Oct.	1,	1994
Denmark/Ukraine	Oct.	23,	1992	Apr.	29,	1994
Estonia/Netherlands	Oct.	27,	1992	Sep.	1,	1993
Malaysia/Papua New Guinea	Oct.	27,	1992			
Belarus/Finland	Oct.	28,	1992	Dec.	11,	1994
Netherlands/Paraguay	Oct.	29,	1992	Aug.	1,	1994
Singapore/Vietnam	Oct.	29,	1992			
China/Ukraine	Oct.	31,	1992	May	29,	1993
Greece/Tunisia	Oct.	31,	1992	Apr.	21,	1995
Austria/Morocco	Nov.	2,	1992	July	1,	1995
Netherlands/Nigeria	Nov.	2,	1992	Feb.	1,	1994
Egypt/Spain	Nov.	3,	1992	Apr.	26,	1994
Argentina/China	Nov.	5,	1992	June	17,	1994
Argentina/Denmark	Nov.	6,	1992	Jan.	2,	1995
China/Moldova	Nov.	7,	1992	Mar.	1,	1995
Chile/Malaysia	Nov.	11,	1992			
Estonia/Germany	Nov.	12,	1992	Prov. in force		
Australia/Indonesia	Nov.	17,	1992	July	29,	1993
Hong Kong/Netherlands	Nov.	19,	1992	Sep.	1,	1993
China/Turkmenistan	Nov.	21,	1992	June	6,	1995
Czech Republic/Slovak Republic	Nov.	23,	1992	Jan.	1,	1993
China/Vietnam	Dec.	2,	1992	Sep.	1,	1993
Lao PDR/Malaysia	Dec.	8,	1992			
United Arab Emirates/United Kingdom	Dec.	8,	1992	Dec.	13,	1993
Egypt/Uzbekistan	Dec.	16,	1992			
Poland/Thailand	Dec.	18,	1992	Aug.	10,	1993
Estonia/Switzerland	Dec.	21,	1992	Aug.	18,	1993
Egypt/Ukraine	Dec.	22,	1992			
Korea/Paraguay	Dec.	22,	1992	Aug.	6,	1993

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/Switzerland	Dec.	22,	1992	Apr.	16,	1993
Lithuania/Switzerland	Dec.	23,	1992	May	13,	1993
1993						
Belarus/China	Jan.	11,	1993	Jan.	14,	1995
Poland/Ukraine	Jan.	12,	1993	Sep.	14,	1993
Czech Republic/Hungary	Jan.	14,	1993	May	25,	1995
Hungary/Slovak Republic	Jan.	15,	1993			
Italy/Mongolia	Jan.	15,	1993	Sep.	1,	1995
France/Jamaica	Jan.	19,	1993	Sep.	16,	1994
Kyrgyz Republic/United States	Jan.	19,	1993	Jan.	12,	1994
China/Lao PDR	Jan.	31,	1993	June	1,	1993
Poland/United Arab Emirates	Jan.	31,	1993	Apr.	9,	1994
Kuwait/Moldova	Feb.	4,	1993			
Ukraine/United Kingdom	Feb.	10,	1993	Feb.	10,	1993
Albania/China	Feb.	13,	1993			
Egypt/Kazakhstan	Feb.	14,	1993			
Germany/Ukraine	Feb.	15,	1993	June	29,	1996
Hungary/Malaysia	Feb.	19,	1993	July	8,	1995
Kyrgyz Republic/Ukraine	Feb.	23,	1993			
Armenia/Vietnam*	Feb.	—,	1993			
Nepal/United Kingdom	Mar.	2,	1993	Mar.	2,	1993
Albania/Croatia	Mar.	5,	1993			
Argentina/Hungary	Mar.	5,	1993	June	2,	1994
Albania/Poland	Mar.	7,	1993	Aug.	9,	1993
Chile/Italy	Mar.	8,	1993	Feb.	8,	1995
China/Tajikistan	Mar.	9,	1993	Jan.	20,	1994
Poland/Portugal	Mar.	11,	1993	Aug.	3,	1994
Bulgaria/Greece	Mar.	12,	1993	Apr.	29,	1995
Albania/Austria	Mar.	18,	1993	Aug.	1,	1995
Poland/Tunisia	Mar.	29,	1993	Sep.	22,	1993
Belarus/Germany	Apr.	2,	1993	Sep.	23,	1996
Chile/Venezuela	Apr.	2,	1993	May	25,	1995
Germany/Vietnam	Apr.	3,	1993	Prov. in force		

Parties	Signature			Entry into Force		
Argentina/Senegal	Apr.	6,	1993			
Barbados/United Kingdom	Apr.	7,	1993	Apr.	7,	1993
Bulgaria/Denmark	Apr.	14,	1993	May	20,	1995
Argentina/Armenia	Apr.	16,	1993	Dec.	20,	1994
Switzerland/Uzbekistan	Apr.	16,	1993	Nov.	5,	1993
Germany/Latvia	Apr.	20,	1993	June	9,	1996
Malaysia/Poland	Apr.	21,	1993	Mar.	23,	1994
Moldova/United States	Apr.	21,	1993	Nov.	25,	1994
Latvia/Poland	Apr.	26,	1993	July	19,	1993
Germany/Uzbekistan	Apr.	28,	1993	Prov. in force		
Romania/Thailand	Apr.	30,	1993	Aug.	20,	1994
Czech Republic/Slovenia	May	4,	1993	May	21,	1994
Estonia/Poland	May	6,	1993	Aug.	6,	1993
Cuba/Italy	May	7,	1993	Aug.	23,	1995
Finland/Turkey	May	13,	1993	Apr.	23,	1995
Korea/Vietnam	May	13,	1993	Sep.	4,	1993
Lithuania/United Kingdom	May	17,	1993	Sep.	21,	1993
Albania/Egypt	May	22,	1993			
Chile/Sweden	May	24,	1993	Dec.	30,	1995
Armenia/Greece	May	25,	1993	Apr.	28,	1995
Armenia/United Kingdom	May	27,	1993	July	11,	1996
Bulgaria/Portugal	May	27,	1993			
Chile/Finland	May	27,	1993			
Belarus/Switzerland	May	28,	1993	July	13,	1994
Chile/Denmark	May	28,	1993	Nov.	3,	1995
Czech Republic/Egypt	May	29,	1993	Jan.	4,	1994
Chile/Norway	June	1,	1993	Sep.	8,	1994
China/Georgia	June	3,	1993	Mar.	1,	1995
Korea/Peru	June	3,	1993	Apr.	20,	1994
Poland/Singapore	June	3,	1993	Dec.	29,	1993
China/Croatia	June	7,	1993	July	1,	1994
Bulgaria/Russian Federation	June	8,	1993			
Australia/Romania	June	21,	1993	Apr.	22,	1994

Parties	Signature			Entry into Force		
Belgium-Luxembourg/Georgia	June	23,	1993			
Italy/Oman	June	23,	1993			
Georgia/Germany	June	25,	1993	Prov. in force		
Greece/Russian Federation	June	30,	1993			
China/United Arab Emirates	July	1,	1993	Sep.	28,	1994
Finland/United Arab Emirates	July	1,	1993			
Cuba/Russian Federation	July	7,	1993			
Czech Republic/Poland	July	16,	1993	June	29,	1994
Egypt/Greece	July	16,	1993	Apr.	6,	1994
Trinidad and Tobago/United Kingdom	July	23,	1993	Oct.	8,	1993
Slovak Republic/Slovenia	July	28,	1993	Mar.	28,	1996
Argentina/Romania	July	29,	1993	May	1,	1995
Bolivia/Peru	July	30,	1993	Feb.	19,	1995
Jordan/Turkey	Aug.	2,	1993			
Germany/Paraguay	Aug.	11,	1993			
Hungary/Paraguay	Aug.	11,	1993	Apr.	1,	1995
Austria/Paraguay	Aug.	13,	1993			
Denmark/Vietnam	Aug.	25,	1993	Aug.	7,	1994
Ecuador/United States	Aug.	27,	1993			
China/Estonia	Sep.	2,	1993	June	1,	1994
Sweden/Vietnam	Sep.	8,	1993	Aug.	2,	1994
China/Slovenia	Sep.	13,	1993	Jan.	1,	1995
Finland/Vietnam	Sep.	13,	1993			
Australia/Hong Kong	Sep.	15,	1993	Oct.	15,	1993
Hungary/Romania	Sep.	16,	1993			
Argentina/Bulgaria	Sep.	21,	1993			
Korea/Lithuania	Sep.	24,	1993	Nov.	9,	1993
Italy/Jamaica	Sep.	29,	1993	Nov.	9,	1995
Romania/Russian Federation	Sep.	29,	1993			
Australia/Czech Republic	Sep.	30,	1993	June	29,	1994
Peru/United Kingdom	Oct.	4,	1993	Apr.	21,	1994
France/Peru	Oct.	6,	1993			
Paraguay/Spain	Oct.	11,	1993			

Parties	Signature			Entry into Force		
France/Uruguay	Oct.	14,	1993			
Honduras/Switzerland	Oct.	14,	1993			
Philippines/Spain	Oct.	19,	1993	Sep.	21,	1994
Finland/Korea	Oct.	21,	1993	May	11,	1996
Romania/Switzerland	Oct.	25,	1993	July	30,	1994
Chile/Ecuador	Oct.	27,	1993	Jan.	2,	1996
France/Uzbekistan	Oct.	27,	1993			
Belarus/France	Oct.	28,	1993			
France/Trinidad and Tobago	Oct.	28,	1993			
Germany/Slovenia	Oct.	28,	1993			
Denmark/Russian Federation	Nov.	4,	1993			
Argentina/Finland	Nov.	5,	1993			
China/Lithuania	Nov.	8,	1993	June	1,	1994
Czech Republic/Romania	Nov.	8,	1993	July	28,	1994
Czech Republic/Portugal	Nov.	12,	1993	Aug.	3,	1994
Argentina/Venezuela	Nov.	16,	1993	July	1,	1993
Portugal/Romania	Nov.	17,	1993	Nov.	17,	1994
Ecuador/Venezuela	Nov.	18,	1993	Feb.	1,	1995
Switzerland/Venezuela	Nov.	18,	1993	Nov.	30,	1994
Gambia/Switzerland	Nov.	22,	1993			
United Kingdom/Uzbekistan	Nov.	24,	1993	Nov.	24,	1993
Russian Federation/Slovenia	Nov.	30,	1993			
China/Uruguay	Dec.	2,	1993			
Bulgaria/Israel	Dec.	6,	1993			
Honduras/United Kingdom	Dec.	7,	1993	Mar.	8,	1995
1994						
Tanzania/United Kingdom	Jan.	7,	1994			
Belarus/United States	Jan.	15,	1994			
Korea/Spain	Jan.	17,	1994	July	19,	1994
Egypt/Indonesia	Jan.	19,	1994			
Germany/Namibia	Jan.	21,	1994	Prov. in force		
Indonesia/Malaysia	Jan.	22,	1994			
Albania/Malaysia	Jan.	24,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/United Kingdom	Jan.	24,	1994	Feb.	15,	1995
Lithuania/Netherlands	Jan.	26,	1994	Apr.	1,	1995
Ecuador/Paraguay	Jan.	28,	1994	Sep.	18,	1995
Morocco/Romania	Jan.	28,	1994	Aug.	1,	1994
Paraguay/Peru	Jan.	31,	1994	Dec.	18,	1994
Argentina/Jamaica	Feb.	2,	1994			
Denmark/Hong Kong	Feb.	2,	1994	Mar.	4,	1994
Jamaica/United States	Feb.	4,	1994			
Lithuania/Ukraine	Feb.	8,	1994	Mar.	6,	1995
Azerbaijan/Turkey	Feb.	9,	1994			
Brazil/Portugal	Feb.	9,	1994			
Czech Republic/Tajikistan	Feb.	11,	1994			
Czech Republic/Thailand	Feb.	12,	1994	May	4,	1995
Moldova/Turkey	Feb.	14,	1994			
Slovak Republic/Tajikistan	Feb.	14,	1994	Mar.	12,	1996

- Signature date unavailable.

Parties	Signature			Entry into Force		
Greece/Morocco	Feb.	16,	1994			
Argentina/Ecuador	Feb.	20,	1994	Dec.	1,	1995
Israel/Latvia	Feb.	27,	1994	May	9,	1995
Germany/Moldova	Feb.	28,	1994			
Belarus/United Kingdom	Mar.	1,	1994	Dec.	28,	1994
Lao PDR/Mongolia	Mar.	3,	1994			
Romania/Slovak Republic	Mar.	3,	1994	Mar.	7,	1996
Ukraine/United States	Mar.	4,	1994			
Georgia/United States	Mar.	7,	1994			
Azerbaijan/China	Mar.	8,	1994	Apr.	1,	1995
Lithuania/Romania	Mar.	8,	1994	Dec.	15,	1994
Colombia/United Kingdom	Mar.	9,	1994			
Netherlands/Vietnam	Mar.	10,	1994	Feb.	1,	1995
Estonia/Israel	Mar.	14,	1994			
India/United Kingdom	Mar.	14,	1994	Jan.	6,	1995

Parties	Signature			Entry into Force		
Latvia/Netherlands	Mar.	14,	1994	Apr.	1,	1995
Czech Republic/Peru	Mar.	16,	1994	Mar.	6,	1995
Nicaragua/Spain	Mar.	16,	1994	Mar.	28,	1995
Argentina/Bolivia	Mar.	17,	1994	May	1,	1995
Congo/Italy	Mar.	17,	1994			
Czech Republic/Ukraine	Mar.	17,	1994			
Finland/Thailand	Mar.	18,	1994			
Honduras/Spain	Mar.	18,	1994	May	23,	1996
China/Ecuador	Mar.	21,	1994			
Brazil/Chile	Mar.	22,	1994			
Chile/China	Mar.	23,	1994			
Kazakstan/Spain	Mar.	23,	1994	June	22,	1995
Albania/United Kingdom	Mar.	30,	1994	Aug.	30,	1995
Germany/Kuwait	Mar.	30,	1994			
China/Iceland	Mar.	31,	1994			
Czech Republic/Russian Federation	Apr.	5,	1994			
Australia/Lao PDR	Apr.	6,	1994	Apr.	8,	1995
Indonesia/Netherlands	Apr.	6,	1994	July	1,	1995
Korea/Philippines	Apr.	7,	1994			
Bulgaria/Poland	Apr.	11,	1994	Mar.	9,	1995
Albania/Netherlands	Apr.	15,	1994	Sep.	1,	1995
Bulgaria/Sweden	Apr.	19,	1994	Apr.	1,	1995
Estonia/United States	Apr.	19,	1994			
Netherlands/Romania	Apr.	19,	1994	Feb.	1,	1995
China/Egypt	Apr.	21,	1994			
Colombia/Peru	Apr.	26,	1994			
Hungary/Vietnam	Apr.	26,	1994	June	16,	1995
Albania/Bulgaria	Apr.	27,	1994	Jan.	28,	1996
France/Turkmenistan	Apr.	28,	1994			
Malaysia/Zimbabwe	Apr.	28,	1994			
France/Ukraine	May	3,	1994			
Peru/Sweden	May	3,	1994	Aug.	1,	1994
Italy/Peru	May	5,	1994	Oct.	18,	1995

Parties	Signature			Entry into Force		
Ecuador/United Kingdom	May	10,	1994	Aug.	24,	1995
Albania/Romania	May	11,	1994	Sep.	2,	1995
Estonia/United Kingdom	May	12,	1994	Dec.	16,	1994
Kazakstan/Switzerland	May	12,	1994			
Austria/Estonia	May	16,	1994	Oct.	1,	1995
Ecuador/El Salvador	May	16,	1994	Jan.	14,	1996
Peru/Romania	May	16,	1994	Jan.	1,	1995
Argentina/Korea	May	17,	1994			
Paraguay/Romania	May	21,	1994	Apr.	12,	1995
Cuba/Spain	May	27,	1994	June	9,	1995
Hong Kong/Sweden	May	27,	1994	June	26,	1994
Malaysia/Turkmenistan	May	30,	1994			
Bulgaria/Romania	June	1,	1994	May	23,	1995
France/Kyrgyz Republic	June	2,	1994			
Bulgaria/Hungary	June	8,	1994	Sep.	7,	1995
Croatia/Romania	June	8,	1994	Sep.	9,	1995
China/Peru	June	9,	1994	Feb.	1,	1995
Denmark/Romania	June	14,	1994	Aug.	24,	1995
Russian Federation/Vietnam	June	16,	1994			
Portugal/Venezuela	June	17,	1994	May	11,	1995
Slovak Republic/Ukraine	June	22,	1994	Apr.	3,	1996
Poland/Romania	June	23,	1994	Dec.	30,	1994
Albania/Czech Republic	June	27,	1994	July	7,	1995
Algeria/Romania	June	28,	1994	Dec.	30,	1995
Armenia/Kyrgyz Republic	July	4,	1994			
Bulgaria/Turkey	July	6,	1994			
Lithuania/Spain	July	6,	1994	Dec.	22,	1995
Lithuania/Turkey	July	11,	1994			
China/Romania	July	12,	1994	Sep.	1,	1995
Indonesia/Slovak Republic	July	12,	1994	Mar.	1,	1995
Netherlands/Ukraine	July	14,	1994			
Barbados/Venezuela	July	15,	1994			
Brazil/United Kingdom	July	19,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Bulgaria/Slovak Republic	July	21,	1994	Mar.	9,	1995
Portugal/Russian Federation	July	22,	1994			
Namibia/Switzerland	Aug.	1,	1994			
Switzerland/Zambia	Aug.	3,	1994	Mar.	7,	1995
Malaysia/Namibia	Aug.	12,	1994			
Cambodia/Malaysia	Aug.	17,	1994			
Poland/Slovak Republic	Aug.	18,	1994	Mar.	14,	1996
Poland/Vietnam	Aug.	31,	1994	Nov.	24,	1994
Greece/Ukraine	Sep.	1,	1994			
Romania/Vietnam	Sep.	1,	1994	Aug.	15,	1995
Argentina/Malaysia	Sep.	6,	1994			
Ecuador/France	Sep.	7,	1994	June	10,	1996
Costa Rica/Germany	Sep.	13,	1994			
Hungary/Mongolia	Sep.	13,	1994			
France/Philippines	Sep.	13,	1994			
Kazakstan/Lithuania	Sep.	15,	1994			
Pakistan/Spain	Sep.	15,	1994	Apr.	26,	1996
Kazakstan/Ukraine	Sep.	17,	1994			
Armenia/Romania	Sep.	20,	1994	Dec.	24,	1995
South Africa/United Kingdom	Sep.	20,	1994			
Kazakstan/Poland	Sep.	21,	1994	May	25,	1995
Bolivia/Chile	Sep.	22,	1994			
Hong Kong/Switzerland	Sep.	22,	1994	Oct.	22,	1994
Italy/Kazakstan	Sep.	22,	1994			
Trinidad and Tobago/United States	Sep.	26,	1994			
Israel/Lithuania	Oct.	2,	1994			
Jordan/Malaysia	Oct.	2,	1994			
Argentina/Portugal	Oct.	6,	1994			
Mongolia/United States	Oct.	6,	1994			
Argentina/Peru	Oct.	10,	1994			
Hungary/Ukraine	Oct.	11,	1994			
Bangladesh/Malaysia	Oct.	12,	1994			
France/Oman	Oct.	17,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Indonesia/Lao PDR	Oct.	18,	1994			
Canada/Ukraine	Oct.	24,	1994	June	24,	1995
Czech Republic/Estonia	Oct.	24,	1994	July	18,	1995
Morocco/Poland	Oct.	24,	1994	May	29,	1995
Czech Republic/Latvia	Oct.	25,	1994	Aug.	1,	1995
China/Jamaica	Oct.	26,	1994			
Czech Republic/Lithuania	Oct.	27,	1994	July	12,	1995
Bangladesh/Netherlands	Nov.	1,	1994			
Georgia/Greece	Nov.	9,	1994			
Brazil/Switzerland	Nov.	11,	1994			
Moldova/Poland	Nov.	16,	1994	July	27,	1995
Austria/Latvia	Nov.	17,	1994			
Peru/Spain	Nov.	17,	1994	Feb.	16,	1996
China/Indonesia	Nov.	18,	1994	Apr.	1,	1995
Kuwait/Russian Federation	Nov.	21,	1994			
Peru/Portugal	Nov.	22,	1994	Oct.	2,	1995
Czech Republic/United Arab Emirates	Nov.	23,	1994			
Denmark/Peru	Nov.	23,	1994	Feb.	17,	1995
Egypt/Romania	Nov.	24,	1994			
Chile/Croatia	Nov.	28,	1994			
Denmark/Venezuela	Nov.	28,	1994			
Pakistan/United Kingdom	Nov.	30,	1994	Nov.	30,	1994
Italy/Lithuania	Dec.	1,	1994			
Argentina/Croatia	Dec.	2,	1994			
Barbados/Germany	Dec.	2,	1994			
Kazakstan/Mongolia	Dec.	2,	1994	May	13,	1995
Hungary/Kazakstan	Dec.	7,	1994	Mar.	3,	1996
Bulgaria/Ukraine	Dec.	8,	1994	Dec.	10,	1995
El Salvador/Switzerland	Dec.	8,	1994			
Kyrgyz Republic/United Kingdom	Dec.	8,	1994			
Bosnia and Herzegovina/Malaysia	Dec.	16,	1994			
Croatia/Malaysia	Dec.	16,	1994			
United States/Uzbekistan	Dec.	16,	1994			

Parties	Signature			Entry into Force		
Belarus/Sweden	Dec.	20,	1994			
Ethiopia/Italy	Dec.	23,	1994			
Parties	Signature			Entry into Force		
Algeria/Spain	Dec.	23,	1994	Jan.	17,	1996
India/Russian Federation	Dec.	23,	1994			
Netherlands/Peru	Dec.	27,	1994	Feb.	1,	1996
1995						
Albania/United States	Jan.	10,	1995			
Poland/Uzbekistan	Jan.	11,	1995	Apr.	29,	1995
Latvia/United States	Jan.	13,	1995			
Armenia/Cyprus	Jan.	18,	1995			
Bulgaria/Georgia	Jan.	19,	1995			
Italy/United Arab Emirates	Jan.	22,	1995			
Australia/Philippines	Jan.	25,	1995	Dec.	8,	1995
Greece/Korea	Jan.	25,	1995	Nov.	4,	1995
Romania/Spain	Jan.	25,	1995	Dec.	7,	1995
Cuba/United Kingdom	Jan.	30,	1995	May	11,	1995
Germany/Peru	Jan.	30,	1995			
Turkmenistan/United Kingdom	Feb.	9,	1995	Feb.	9,	1995
El Salvador/Spain	Feb.	14,	1995	Feb.	20,	1996
Estonia/Ukraine	Feb.	15,	1995	July	5,	1995
Georgia/United Kingdom	Feb.	15,	1995	Feb.	15,	1995
Spain/Turkey	Feb.	15,	1995			
Croatia/Poland	Feb.	21,	1995	Oct.	4,	1995
Germany/Ghana	Feb.	24,	1995			
United Kingdom/Zimbabwe	Mar.	1,	1995			
Gabon/Spain	Mar.	2,	1995			
Hungary/Russian Federation	Mar.	8,	1995			
Mongolia/Netherlands	Mar.	9,	1995	June	1,	1996
Norway/Peru	Mar.	10,	1995	May	9,	1995
Bolivia/Denmark	Mar.	12,	1995			
Denmark/Nicaragua	Mar.	12,	1995	Jan.	26,	1996
Denmark/Mongolia	Mar.	13,	1995			

Parties		Signature			Entry into Force		
United Kingdom/Venezuela	Mar.	15,	1995		Aug.	1,	1996
Dominican Republic/Spain	Mar.	16,	1995		Oct.	7,	1996
Pakistan/Turkey	Mar.	16,	1995				
China/Oman	Mar.	18,	1995				
Brazil/France	Mar.	21,	1995				
France/Romania	Mar.	21,	1995				
Germany/Honduras	Mar.	21,	1995				
Austria/Vietnam	Mar.	27,	1995				
China/Morocco	Mar.	27,	1995				
Brazil/Finland	Mar.	28,	1995				
Italy/Turkey	Mar.	28,	1995				
Barbados/Switzerland	Mar.	29,	1995		Dec.	22,	1995
Cambodia/Thailand	Mar.	29,	1995				
Albania/Sweden	Mar.	31,	1995		Apr.	1,	1996
Brazil/Italy	Apr.	3,	1995				
Malaysia/Spain	Apr.	4,	1995		Feb.	16,	1996
Czech Republic/Philippines	Apr.	5,	1995				
Czech Republic/Singapore	Apr.	8,	1995				
Armenia/Bulgaria	Apr.	10,	1995				
China/Israel	Apr.	10,	1995				
Albania/Russian Federation	Apr.	11,	1995				
Belarus/Netherlands	Apr.	11,	1995		Aug.	1,	1996
Kuwait/Tajikistan	Apr.	18,	1995				
Hungary/Moldova	Apr.	19,	1995				
Kuwait/Malta	Apr.	19,	1995				
Russian Federation/Sweden	Apr.	19,	1995				
Switzerland/Ukraine	Apr.	20,	1995				
Chile/Czech Republic	Apr.	24,	1995				
China/Cuba	Apr.	24,	1995				
Lithuania/Venezuela	Apr.	24,	1995				
Canada/Latvia	Apr.	26,	1995		July	27,	1995
Czech Republic/Venezuela	Apr.	27,	1995				
Chile/Portugal	Apr.	28,	1995				

Parties		Signature			Entry into Force		
Finland/Peru	May	2,	1995				
Italy/Ukraine	May	2,	1995				
Korea/Portugal	May	3,	1995				
Brazil/Denmark	May	4,	1995				
Swaziland/United Kingdom	May	5,	1995	May	5,	1995	
Bolivia/Cuba	May	6,	1995				
Croatia/Portugal	May	9,	1995				
Netherlands/South Africa	May	9,	1995				
Egypt/Hungary	May	23,	1995				
Egypt/Turkmenistan	May	23,	1995				
Bolivia/Ecuador	May	25,	1995				
Belarus/Romania	May	27,	1995				
Indonesia/Spain	May	30,	1995				
Austria/Tunisia	June	1,	1995				
Lao PDR/United Kingdom	June	1,	1995	June	1,	1995	
Côte d'Ivoire/United Kingdom	June	8,	1995				
Colombia/Spain	June	9,	1995				
Albania/France	June	13,	1995				
Mexico/Spain	June	22,	1995				
Argentina/Israel	June	23,	1995				
South Africa/Switzerland	June	27,	1995				
Egypt/Poland	July	1,	1995				
Honduras/United States	July	1,	1995				
Nicaragua/United States	July	1,	1995				
Chile/Romania	July	4,	1995				
Chile/Poland	July	5,	1995				
Hong Kong/New Zealand	July	6,	1995	Aug.	5,	1995	
Korea/South Africa	July	7,	1995				
Malaysia/Pakistan	July	7,	1995				
Germany/India	July	10,	1995				
Mexico/Switzerland	July	10,	1995				
Pakistan/Switzerland	July	11,	1995				
Oman/Sweden	July	13,	1995	June	8,	1996	

Parties	Signature			Entry into Force		
Romania/United Kingdom	July	13,	1995	Jan.	10,	1996
Belarus/Iran	July	14,	1995			
Korea/Tajikistan	July	14,	1995	Aug.	13,	1995
Indonesia/Kyrgyz Republic	July	18,	1995			
Kyrgyz Republic/Malaysia	July	20,	1995			
Mongolia/Singapore	July	24,	1995	Jan.	14,	1996
Belarus/Italy	July	25,	1995			
Malaysia/Mongolia	July	27,	1995	Jan.	14,	1996
Greece/Latvia	July	29,	1995			
India/Malaysia	Aug.	3,	1995			
Chile/Paraguay	Aug.	7,	1995			
Belarus/Turkey	Aug.	8,	1995			
Argentina/Ukraine	Aug.	9,	1995			
Malaysia/Uruguay	Aug.	9,	1995			
Argentina/Australia	Aug.	23,	1995			
Kyrgyz Republic/Pakistan	Aug.	23,	1995			
Finland/Moldova	Aug.	25,	1995			
Moldova/Ukraine	Aug.	29,	1995			
Korea/Sweden	Aug.	30,	1995			
Brazil/Korea	Sep.	1,	1995			
Bulgaria/Spain	Sep.	4,	1995			
Albania/Denmark	Sep.	5,	1995			
Denmark/India	Sep.	6,	1995			
Estonia/Lithuania	Sep.	7,	1995			
Canada/Trinidad and Tobago	Sep.	11,	1995	July	8,	1996
Germany/South Africa	Sep.	11,	1995			
Brazil/Germany	Sep.	21,	1995			
Moldova/Netherlands	Sep.	26,	1995			
Latvia/Portugal	Sep.	27,	1995			
Lithuania/Vietnam	Sep.	27,	1995			
Germany/Zimbabwe	Sep.	29,	1995			
Philippines/Thailand	Sep.	30,	1995			
India/Turkmenistan*	Sep.	—,	1995			

Parties	Signature			Entry into Force		
Norway/Russian Federation	Oct.	4,	1995			
Bolivia/Romania	Oct.	9,	1995			
France/South Africa	Oct.	11,	1995			
Barbados/Italy	Oct.	25,	1995			
Chile/Uruguay	Oct.	26,	1995			
Chile/Ukraine	Oct.	30,	1995			
Spain/Venezuela	Nov.	2,	1995			
Armenia/France	Nov.	4,	1995			
Egypt/Uganda	Nov.	4,	1995			
India/Netherlands	Nov.	6,	1995	Dec.	1,	1996
Mongolia/Romania	Nov.	6,	1995			
Mongolia/Poland	Nov.	8,	1995	Mar.	21,	1996
Canada/Philippines	Nov.	9,	1995			
Slovenia/Switzerland	Nov.	9,	1995			
Chile/Philippines	Nov.	20,	1995			
Moldova/Uzbekistan	Nov.	21,	1995			
India/Italy	Nov.	23,	1995			
Kazakhstan/United Kingdom	Nov.	23,	1995	Nov.	23,	1995
Oman/United Kingdom	Nov.	25,	1995			
Canada/South Africa	Nov.	27,	1995			

- Signature date unavailable.

Parties	Signature			Entry into Force
Hong Kong/Italy	Nov.	28,	1995	
France/Hong Kong	Nov.	30,	1995	
Moldova/Switzerland	Nov.	30,	1995	
Mongolia/Russian Federation	Nov.	30,	1995	
Cuba/South Africa	Dec.	8,	1995	
Bulgaria/United Kingdom	Dec.	11,	1995	
Malaysia/Peru	Dec.	13,	1995	
Belarus/Ukraine	Dec.	14,	1995	Prov. in force
China/Yugoslavia	Dec.	18,	1995	
Armenia/Germany	Dec.	21,	1995	
Azerbaijan/Germany	Dec.	22,	1995	Prov. in force

Parties	Signature			Entry into Force		
Israel/Kazakstan	Dec.	27,	1995			
India/Tajikistan*	Dec.	—,	1995			
1996						
Chile/United Kingdom	Jan.	8,	1996			
Czech Republic/Kuwait	Jan.	8,	1996			
Chile/Cuba	Jan.	10,	1996			
France/Morocco	Jan.	13,	1996			
Iran/Kazakstan	Jan.	16,	1996			
Egypt/Netherlands	Jan.	17,	1996			
Czech Republic/Italy	Jan.	22,	1996			
Albania/Hungary	Jan.	24,	1996			
Romania/Slovenia	Jan.	24,	1996			
Germany/Hong Kong	Jan.	31,	1996			
India/Israel*	Jan.	—,	1996			
Eritrea/Italy	Feb.	6,	1996			
Croatia/Slovak Republic	Feb.	12,	1996			
Croatia/Turkey	Feb.	12,	1996			
Belarus/Bulgaria	Feb.	21,	1996			
Denmark/South Africa	Feb.	22,	1996			
Lebanon/Spain	Feb.	22,	1996			
Bosnia and Herzegovina/Croatia	Feb.	26,	1996			
India/Korea	Feb.	26,	1996	May	7,	1996
Croatia/Czech Republic	Mar.	5,	1996			
Algeria/Germany	Mar.	11,	1996			
Egypt/Sri Lanka	Mar.	11,	1996			
Netherlands/Uzbekistan	Mar.	14,	1996			
Egypt/Korea	Mar.	18,	1996			
Moldova/United Kingdom	Mar.	19,	1996			
Kazakstan/Korea	Mar.	20,	1996			
Ecuador/Germany	Mar.	21,	1996			
Bolivia/Korea	Apr.	1,	1996			
Italy/Russian Federation	Apr.	9,	1996			
Bulgaria/Moldova	Apr.	17,	1996			

Parties	Signature			Entry into Force
Canada/Romania	Apr.	17,	1996	
Kazakhstan/Romania	Apr.	25,	1996	
Canada/Ecuador	Apr.	29,	1996	
Cuba/Germany	Apr.	30,	1996	
Germany/Kenya	May	3,	1996	
Germany/Nicaragua	May	6,	1996	
Argentina/El Salvador	May	9,	1996	
Germany/Venezuela	May	14,	1996	
Croatia/Hungary	May	15,	1996	
Korea/Lao PDR	May	15,	1996	
Croatia/Russian Federation	May	20,	1996	
Belgium-Luxembourg/Moldova	May	21,	1996	
Bulgaria/Morocco	May	22,	1996	
Barbados/Canada	May	29,	1996	
Croatia/France	June	3,	1996	
Macedonia, FYR of/Slovenia	June	5,	1996	
El Salvador/Peru	June	13,	1996	
Germany/Qatar	June	14,	1996	
Germany/Romania	June	25,	1996	
Ecuador/Spain	June	26,	1996	
Canada/Venezuela	July	1,	1996	
Germany/Lao PDR	Aug.	9,	1996	
Germany/Macedonia, FYR of	Sep.	10,	1996	
Canada/Panama	Sep.	12,	1996	
Netherlands/Slovenia	Sep.	24,	1996	
Belgium-Luxembourg/Hong Kong	Oct.	7,	1996	
Austria/Hong Kong	Oct.	11,	1996	
Germany/Burkina Faso	Oct.	22,	1996	
Germany/Saudi Arabia	Oct.	29,	1996	
Croatia/Netherlands	Oct.	31,	1996	
Chile/Guatemala	Nov.	8,	1996	

- Signature date unavailable.

ภาคผนวก ง
US BIT Model

An Example of the US Bilateral Investment Agreement Model

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
The US and Lithuania 14 January 1998	Nationals and Legal persons legally constituted under applicable laws and regulations of a party whether or not organised for pecuniary gain, or privately or governmentally owned or controlled.	Investment means every kind of investment in the territory of one party owned or controlled directly or indirectly by nationals or companies of the other party	Admission Pre-entry and Post-entry Most-favour-nation treatment or national treatment, whichever is the most	Expropriation and Compensation Investment shall not be expropriated or nationalised either directly or indirectly through measures tantamount to expropriation or nationalisation	Dispute settlement (1) initially seek solution through consultation and negotiation (2) submit the dispute to the court or administrative tribunals of the party that is a party	(1) MFN and National treatment will not extend to the other party because the other party accorded to any regional arrangement, free trade area, custom union or multilateral international agreement

Contracting Parties and date of agreement	Scope of application		Admission and Treatment	Expropriation and Compensation	Disputes settlement	Other main points
	Investor	Investment				
			favourable, except the agreed annex issues	except for a public purpose, in a non-discriminatory manner, upon payment of prompt, adequate and effective compensation	to the dispute or in accordance with the agreed procedure (3) submit to the ICSID	(2) the treaty shall not derogate from laws, regulations and practice of either party; international obligation; obligations assumed by either party

Source: compiled from the BIT between the US and Lithuania by the author.

ภาคผนวก จ

List of Contracting States and other Signatories of the Convention

(as of January 25, 2006)

ณ. วันที่ 25 มกราคม 2006 มีประเทศต่างๆ รวม 155 ประเทศเข้าเป็นสมาชิก ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น (ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุน) The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ทั้งนี้ปรากฏตามรายชื่อประเทศ พร้อมทั้งวันที่ ที่ได้มีการลงนามให้สัตยาบัน และวันที่ ที่อนุสัญญาได้เริ่มมีผลบังคับ ทั้งนี้ตามรายการต่อไปนี้

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Afghanistan	Sep. 30, 1966	June 25, 1968	July 25, 1968
Albania	Oct. 15, 1991	Oct. 15, 1991	Nov. 14, 1991
Algeria	Apr. 17, 1995	Feb. 21, 1996	Mar. 22, 1996
Argentina	May 21, 1991	Oct. 19, 1994	Nov. 18, 1994
Armenia	Sep. 16, 1992	Sep. 16, 1992	Oct. 16, 1992
Australia	Mar. 24, 1975	May 2, 1991	June 1, 1991
Austria	May 17, 1966	May 25, 1971	June 24, 1971
Azerbaijan	Sep. 18, 1992	Sep. 18, 1992	Oct. 18, 1992
Bahamas	Oct. 19, 1995	Oct. 19, 1995	Nov. 18, 1995
Bahrain	Sep. 22, 1995	Feb. 14, 1996	Mar. 15, 1996
Bangladesh	Nov. 20, 1979	Mar. 27, 1980	Apr. 26, 1980
Barbados	May 13, 1981	Nov. 1, 1983	Dec. 1, 1983
Belarus	July 10, 1992	July 10, 1992	Aug. 9, 1992
Belgium	Dec. 15, 1965	Aug. 27, 1970	Sep. 26, 1970
Belize	Dec. 19, 1986		
Benin	Sep. 10, 1965	Sep. 6, 1966	Oct. 14, 1966
Bolivia	May 3, 1991	June 23, 1995	July 23, 1995
Bosnia and Herzegovina	Apr. 25, 1997	May 14, 1997	June 13, 1997
Botswana	Jan. 15, 1970	Jan. 15, 1970	Feb. 14, 1970
Brunei Darussalam	Sep. 16, 2002	Sep. 16, 2002	Oct. 16, 2002

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Bulgaria	Mar. 21, 2000	Apr. 13, 2001	May 13, 2001
Burkina Faso	Sep. 16, 1965	Aug. 29, 1966	Oct. 14, 1966
Burundi	Feb. 17, 1967	Nov. 5, 1969	Dec. 5, 1969
Cambodia	Nov. 5, 1993	Dec. 20, 2004	Jan. 19, 2005
Cameroon	Sep. 23, 1965	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Central African Republic	Aug. 26, 1965	Feb. 23, 1966	Oct. 14, 1966
Chad	May 12, 1966	Aug. 29, 1966	Oct. 14, 1966
Chile	Jan. 25, 1991	Sep. 24, 1991	Oct. 24, 1991
China	Feb. 9, 1990	Jan. 7, 1993	Feb. 6, 1993
Colombia	May 18, 1993	July 15, 1997	Aug. 14, 1997
Comoros	Sep. 26, 1978	Nov. 7, 1978	Dec. 7, 1978
Congo	Dec. 27, 1965	June 23, 1966	Oct. 14, 1966
Congo, Democratic Rep. of	Oct. 29, 1968	Apr. 29, 1970	May 29, 1970
Costa Rica	Sep. 29, 1981	Apr. 27, 1993	May 27, 1993
Côte d'Ivoire	June 30, 1965	Feb. 16, 1966	Oct. 14, 1966
Croatia	June 16, 1997	Sep. 22, 1998	Oct. 22, 1998
Cyprus	Mar. 9, 1966	Nov. 25, 1966	Dec. 25, 1966
Czech Republic	Mar. 23, 1993	Mar. 23, 1993	Apr. 22, 1993
Dominican Republic	Mar. 20, 2000		
Denmark	Oct. 11, 1965	Apr. 24, 1968	May 24, 1968
Ecuador	Jan. 15, 1986	Jan. 15, 1986	Feb. 14, 1986
Egypt, Arab Rep. of	Feb. 11, 1972	May 3, 1972	June 2, 1972
El Salvador	June 9, 1982	Mar. 6, 1984	Apr. 5, 1984
Estonia	June 23, 1992	June 23, 1992	Jul. 23, 1992
Ethiopia	Sep. 21, 1965		
Fiji	July 1, 1977	Aug. 11, 1977	Sep. 10, 1977
Finland	July 14, 1967	Jan. 9, 1969	Feb. 8, 1969
France	Dec. 22, 1965	Aug. 21, 1967	Sep. 20, 1967
Gabon	Sep. 21, 1965	Apr. 4, 1966	Oct. 14, 1966
Gambia, The	Oct. 1, 1974	Dec. 27, 1974	Jan. 26, 1975
Georgia	Aug. 7, 1992	Aug. 7, 1992	Sep. 6, 1992

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Germany	Jan. 27, 1966	Apr. 18, 1969	May 18, 1969
Ghana	Nov. 26, 1965	July 13, 1966	Oct. 14, 1966
Greece	Mar. 16, 1966	Apr. 21, 1969	May 21, 1969
Grenada	May 24, 1991	May 24, 1991	June 23, 1991
Guatemala	Nov. 9, 1995	Jan. 21, 2003	Feb. 20, 2003
Guinea	Aug. 27, 1968	Nov. 4, 1968	Dec. 4, 1968
Guinea-Bissau	Sep. 4, 1991		
Guyana	July 3, 1969	July 11, 1969	Aug. 10, 1969
Haiti	Jan. 30, 1985		
Honduras	May 28, 1986	Feb. 14, 1989	Mar. 16, 1989
Hungary	Oct. 1, 1986	Feb. 4, 1987	Mar. 6, 1987
Iceland	July 25, 1966	July 25, 1966	Oct. 14, 1966
Indonesia	Feb. 16, 1968	Sep. 28, 1968	Oct. 28, 1968
Ireland	Aug. 30, 1966	Apr. 7, 1981	May 7, 1981
Israel	June 16, 1980	June 22, 1983	July 22, 1983
Italy	Nov. 18, 1965	Mar. 29, 1971	Apr. 28, 1971
Jamaica	June 23, 1965	Sep. 9, 1966	Oct. 14, 1966
Japan	Sep. 23, 1965	Aug. 17, 1967	Sep. 16, 1967
Jordan	July 14, 1972	Oct. 30, 1972	Nov. 29, 1972
Kazakhstan	July 23, 1992	Sep. 21, 2000	Oct. 21, 2000
Kenya	May 24, 1966	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Korea, Rep. of	Apr. 18, 1966	Feb. 21, 1967	Mar. 23, 1967
Kuwait	Feb. 9, 1978	Feb. 2, 1979	Mar. 4, 1979
Kyrgyz, Republic	June 9, 1995		
Latvia	Aug. 8, 1997	Aug. 8, 1997	Sep. 7, 1997
Lebanon	Mar. 26, 2003	Mar. 26, 2003	Apr. 25, 2003
Lesotho	Sep. 19, 1968	July 8, 1969	Aug. 7, 1969
Liberia	Sep. 3, 1965	June 16, 1970	July 16, 1970
Lithuania	July 6, 1992	July 6, 1992	Aug. 5, 1992
Luxembourg	Sep. 28, 1965	July 30, 1970	Aug. 29, 1970
Macedonia, former Yugoslav	Sep. 16, 1998	Oct. 27, 1998	Nov. 26, 1998

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Rep. of			
Madagascar	June 1, 1966	Sep. 6, 1966	Oct. 14, 1966
Malawi	June 9, 1966	Aug. 23, 1966	Oct. 14, 1966
Malaysia	Oct. 22, 1965	Aug. 8, 1966	Oct. 14, 1966
Mali	Apr. 9, 1976	Jan. 3, 1978	Feb. 2, 1978
Malta	Apr. 24, 2002	Nov. 3, 2003	Dec. 3, 2003
Mauritania	July 30, 1965	Jan. 11, 1966	Oct. 14, 1966
Mauritius	June 2, 1969	June 2, 1969	July 2, 1969
Micronesia	June 24, 1993	June 24, 1993	July 24, 1993
Moldova	Aug. 12, 1992		
Mongolia	June 14, 1991	June 14, 1991	July 14, 1991
Morocco	Oct. 11, 1965	May 11, 1967	June 10, 1967
Mozambique	Apr. 4, 1995	June 7, 1995	July 7, 1995
Namibia	Oct. 26, 1998		
Nepal	Sep. 28, 1965	Jan. 7, 1969	Feb. 6, 1969
Netherlands	May 25, 1966	Sep. 14, 1966	Oct. 14, 1966
New Zealand	Sep. 2, 1970	Apr. 2, 1980	May 2, 1980
Nicaragua	Feb. 4, 1994	Mar. 20, 1995	Apr. 19, 1995
Niger	Aug. 23, 1965	Nov. 14, 1966	Dec. 14, 1966
Nigeria	July 13, 1965	Aug. 23, 1965	Oct. 14, 1966
Norway	June 24, 1966	Aug. 16, 1967	Sep. 15, 1967
Oman	May 5, 1995	July 24, 1995	Aug. 23, 1995
Pakistan	July 6, 1965	Sep. 15, 1966	Oct. 15, 1966
Panama	Nov. 22, 1995	Apr. 8, 1996	May 8, 1996
Papua New Guinea	Oct. 20, 1978	Oct. 20, 1978	Nov. 19, 1978
Paraguay	July 27, 1981	Jan. 7, 1983	Feb. 6, 1983
Peru	Sep. 4, 1991	Aug. 9, 1993	Sep. 8, 1993
Philippines	Sep. 26, 1978	Nov. 17, 1978	Dec. 17, 1978
Portugal	Aug. 4, 1983	July 2, 1984	Aug. 1, 1984
Romania	Sep. 6, 1974	Sep. 12, 1975	Oct. 12, 1975
Russian Federation	June 16, 1992		

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Rwanda	Apr. 21, 1978	Oct. 15, 1979	Nov. 14, 1979
Saint Vincent and the Grenadines	Aug. 7, 2001	Dec. 16, 2002	Jan. 15, 2003
Samoa	Feb. 3, 1978	Apr. 25, 1978	May 25, 1978
Sao Tome and Principe	Oct. 1, 1999		
Saudi Arabia	Sep. 28, 1979	May 8, 1980	June 7, 1980
Senegal	Sep. 26, 1966	Apr. 21, 1967	May 21, 1967
Serbia and Montenegro	July 31, 2002		
Seychelles	Feb. 16, 1978	Mar. 20, 1978	Apr. 19, 1978
Sierra Leone	Sep. 27, 1965	Aug. 2, 1966	Oct. 14, 1966
Singapore	Feb. 2, 1968	Oct. 14, 1968	Nov. 13, 1968
Slovak Republic	Sep. 27, 1993	May 27, 1994	June 26, 1994
Slovenia	Mar. 7, 1994	Mar. 7, 1994	Apr. 6, 1994
Solomon Islands	Nov. 12, 1979	Sep. 8, 1981	Oct. 8, 1981
Somalia	Sep. 27, 1965	Feb. 29, 1968	Mar. 30, 1968
Spain	Mar. 21, 1994	Aug. 18, 1994	Sept. 17, 1994
Sri Lanka	Aug. 30, 1967	Oct. 12, 1967	Nov. 11, 1967
St. Kitts & Nevis	Oct. 14, 1994	Aug. 4, 1995	Sep. 3, 1995
St. Lucia	June 4, 1984	June 4, 1984	July 4, 1984
Sudan	Mar. 15, 1967	Apr. 9, 1973	May 9, 1973
Swaziland	Nov. 3, 1970	June 14, 1971	July 14, 1971
Sweden	Sep. 25, 1965	Dec. 29, 1966	Jan. 28, 1967
Switzerland	Sep. 22, 1967	May 15, 1968	June 14, 1968
Syria	May 25, 2005	Jan. 25, 2006	Feb. 24, 2006
Tanzania	Jan. 10, 1992	May 18, 1992	June 17, 1992
Thailand	Dec. 6, 1985		
Timor-Leste	July 23, 2002	July 23, 2002	Aug. 22, 2002
Togo	Jan. 24, 1966	Aug. 11, 1967	Sep. 10, 1967
Tonga	May 1, 1989	Mar. 21, 1990	Apr. 20, 1990
Trinidad and Tobago	Oct. 5, 1966	Jan. 3, 1967	Feb. 2, 1967
Tunisia	May 5, 1965	June 22, 1966	Oct. 14, 1966

State	Signature	Deposit of Ratification	Entry into Force of Convention
Turkey	June 24, 1987	Mar. 3, 1989	Apr. 2, 1989
Turkmenistan	Sep. 26, 1992	Sep. 26, 1992	Oct. 26, 1992
Uganda	June 7, 1966	June 7, 1966	Oct. 14, 1966
Ukraine	Apr. 3, 1998	June 7, 2000	July 7, 2000
United Arab Emirates	Dec. 23, 1981	Dec. 23, 1981	Jan. 22, 1982
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	May 26, 1965	Dec. 19, 1966	Jan. 18, 1967
United States of America	Aug. 27, 1965	June 10, 1966	Oct. 14, 1966
Uruguay	May 28, 1992	Aug. 9, 2000	Sep. 8, 2000
Uzbekistan	Mar. 17, 1994	July 26, 1995	Aug. 25, 1995
Venezuela	Aug. 18, 1993	May 2, 1995	June 1, 1995
Yemen, Republic of	Oct. 28, 1997	Oct. 21, 2004	Nov. 20, 2004
Zambia	June 17, 1970	June 17, 1970	July 17, 1970
Zimbabwe	Mar. 25, 1991	May 20, 1994	June 19, 1994

ประเทศไทยได้ร่วมลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการยุติข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐ และคนชาติของรัฐอื่น (ข้อพิพาททางการลงทุนระหว่างรัฐและนักลงทุน) The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States ตั้งแต่วันที่ 6 ธันวาคม 1985 แต่ยังไม่ให้สัตยาบัน